

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE LA GUERRE Sur les Services Publics concédés du Gaz et de l'Électricité

ÉTUDE DE JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(ÈS SCIENCES ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

le Mardi 4 Juillet 1922, à 10 Heures

PAR

MARCEL GROS

Avocat à la Cour d'Appel de Lyon

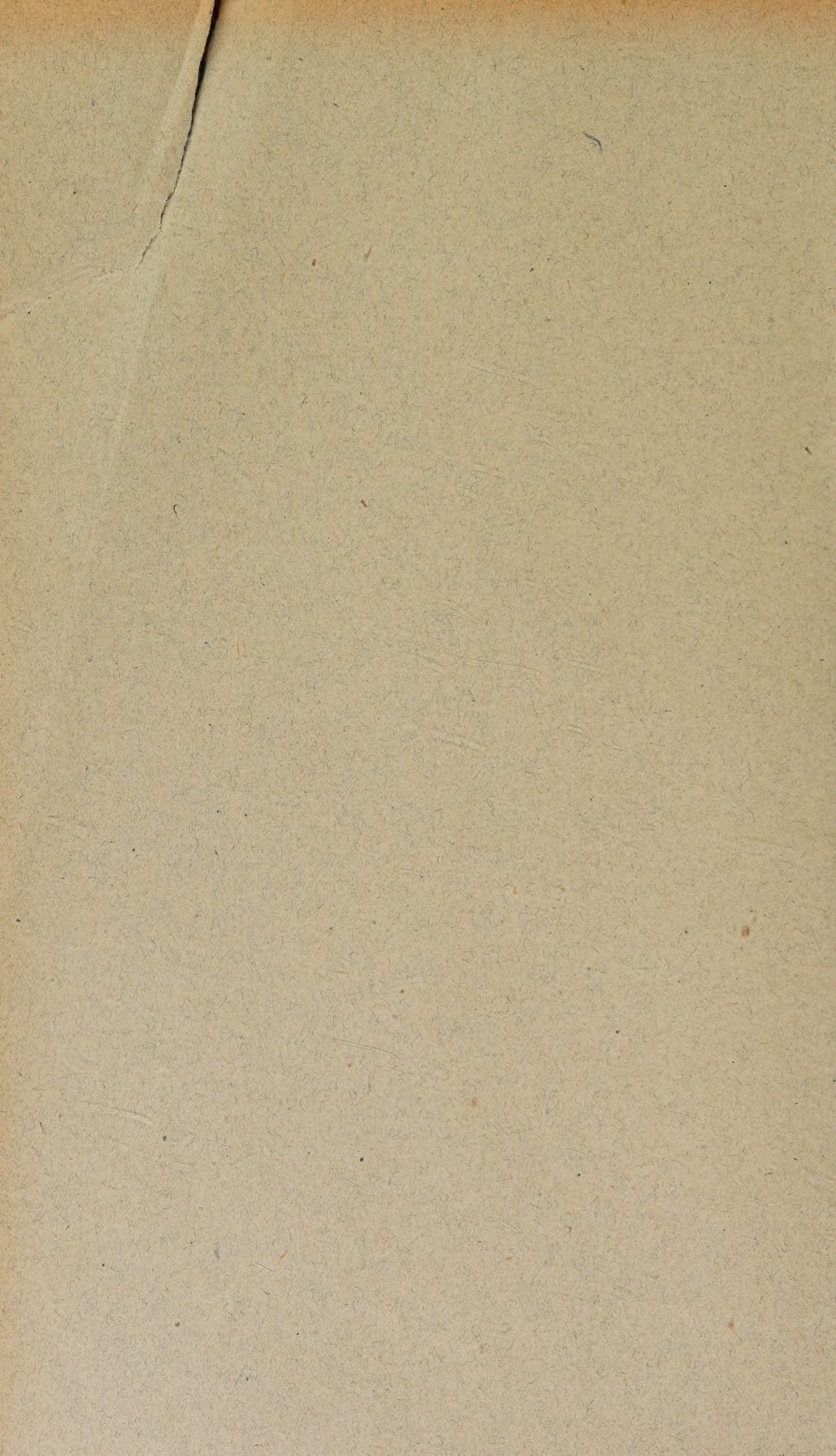


LYON

LA SOURCE, G. NEVEU & C^{IE}

21, RUE VIEILLE-MONNAIE, 21

1922



LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES
de la Guerre
Sur les Services Publics concédés du Gaz et de l'Électricité

ÉTUDE DE JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE LA GUERRE

Sur les Services Publics concédés du Gaz et de l'Électricité

ÉTUDE DE JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(ÈS SCIENCES ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

le Mardi 4 Juillet 1922, à 10 Heures

PAR

MARCEL GROS

Avocat à la Cour d'Appel de Lyon



LYON

LA SOURCE, G. NEVEU & C^{ie}

21, RUE VIEILLE-MONNAIE, 21

1922

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

- JOSSERAND, *,  I., doyen, professeur de Droit civil.
APPLETON (Charles), *,  I., professeur honoraire, chargé d'un cours de Droit romain.
GARRAUD (René), *,  I., , professeur honoraire, Correspondant de l'Institut.
BOUVIER-BANGILLON, *,  I., professeur honoraire.
PIC (Paul), * O.,  I., professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), *,  I., , professeur de Droit administratif.
LAMBERT,  A., professeur de Droit comparé.
BOUVIER,  I., professeur de Science financière et de Législation française des finances.
LAMEIRE,  I., professeur d'Histoire de Droit public et de Droit administratif.
HUVELIN, *,  I., professeur de Droit romain, assesseur du doyen.
LÉVY, *,  I., professeur de Droit civil.
GONNARD,  I., professeur d'Economie politique.
PICARD,  A., professeur de Droit civil.
ANTONELLI, *,  I., , professeur d'Histoire des doctrines économiques.
PERROUD,  I., , professeur de Procédure civile.
COHENDY (Georges),  A., professeur de Droit commercial général.
GARRAUD (Pierre),  I., professeur de Droit criminel.
LEFÈVRE, , agrégé, chargé du Cours d'Histoire du Droit.
BECQ,  I., secrétaire.

MEMBRES DU JURY

- M. Jean APPLETON, *Président*.
MM. LAMEIRE et ANTONELLI, *Assesseurs*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	11
CHAPITRE I ^{er} . — La notion du service concédé.....	15
Section I. — La Concession de Service public. Historique	16
Section II. — Le Contrat de concession. Définitions.	17
Section III. — La Jurisprudence du Conseil d'Etat, relativement à la nature de la Concession. — Possibilité d'un double recours contentieux....	22
a) Recours en cas de modification du service.....	23
b) Atteintes à la situation individuelle du concessionnaire :	
I) Atteinte indirecte par l'octroi d'une concession concurrente	24
II) Atteinte indirecte résultant de la création ou l'augmentation de taxes	26
CHAPITRE II. — Les conceptions jurisprudentielles de la force majeure et de l'imprévision.....	29
Section I. — La force majeure :	
I. La force majeure au civil.....	30
II. La force majeure en droit administratif.....	30

	Pages
III. La force majeure et la guerre au civil (jurisprudence antérieure à 1914).....	31
IV. La jurisprudence du Conseil d'Etat avant 1914..	32
Section II. — L'imprévision :	
I. L'imprévision dans les marchés de fournitures....	33
II. L'imprévision en matière de marchés de travaux publics	36
CHAPITRE III. — La Concession du service d'éclairage et de distribution de force motrice.....	39
Section I. — Concession d'éclairage par le gaz. — Droits et obligations du concessionnaire.....	39
Section II. — Concession de distribution d'énergie électrique. — Le cahier des charges type.....	42
Section III. — Contentieux des litiges entre le concédant et le concessionnaire.....	43
CHAPITRE IV. — Les Concessions gazières et la hausse des charbons	47
I. — La houille, matière première unique. — La hausse des cours durant la guerre.....	47
II. — Réclamations des concessionnaires. — Jurisprudence des Conseils de Préfecture.....	49
III. — L'Arrêté du Conseil de Préfecture de la Gironde, 30 Juillet 1915	52
IV. — L'Appel devant le Conseil d'Etat. — Les faits de la cause. — La consultation. — L'argumentation de la Ville. — Les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Chardenet.....	53
V. — L'Arrêt du 30 Mars 1916.....	61
Examen critique : a) La forme.....	62
b) Le fond	63
Les principes admis par le Conseil d'Etat.....	64
CHAPITRE V. — Après l'arrêt du 30 Mars 1916. — Ses conséquences. — Attitude de l'Administration...	67
Section I. — I. Conséquences à l'égard des concessionnaires	67
II. Conséquences à l'égard des villes.....	68
III. Conséquences à l'égard des consommateurs de gaz	69

	Pages
Section II. — a) Attitude des Conseils de Préfecture.	70
b) Attitude de l'Administration. — Instruction du Ministre des Finances du 27 Juin 1916. — Circu- laire du Ministre de l'Intérieur du 19 Août 1916.	70
c) Proposition législative	71
CHAPITRE VI. — Le développement de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les charges extra-contrac- tuelles et imprévisibles	73
Section I. — Exposé chronologique	73
a) La confirmation de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 30 Mars 1916	74
b) Le Conseil d'Etat précise sa jurisprudence; arrêts d'Auxerre (26 Avril 1919) et de Nice (25 Juin 1919)	76
c) Les principes qui résultent de ces arrêts et no- tamment de l'arrêt Ville de Nice	79
1. La possibilité d'un droit à indemnité naît unique- quement de la hausse du charbon	79
2. Situation extra-contractuelle et temporaire	79
3. Localisation de cette situation dans le temps et dans les éléments servant à la résoudre	80
4. Interpénétration réciproque du contrat et de la situation extra-contractuelle durant la période litigieuse	81
d) Liste des arrêts postérieurs, appliquant, avec des nuances diverses, les principes dégagés dans l'arrêt de Nice	82
Section II. — Exposé méthodique de la jurisprudence du Conseil d'Etat, après l'arrêt de Nice 1919-1921	82
Principes directeurs proclamés par le Conseil d'Etat :	
I. — Continuation du service par le concessionnaire.	82
II. — Cas dans lesquels il y a lieu à indemnité....	83
III. — Eléments à envisager pour le calcul de l'indemnité ou du relèvement de tarifs	84
IV. — Répartition des conséquences onéreuses entre le concédant et le concessionnaire	85
V. — Avenants intervenus au cours de la crise éco- nomique	86

	Pages
VI. — Bénéfices réalisés et réserves constituées par le concessionnaire avant la crise économique. Perspectives d'avenir	88
VII. — Avantages réalisés par le concessionnaire, au cours de la période critique envisagée.....	89
Appendice. — Extension de cette jurisprudence aux concessions des divers services publics. — L'arrêt du 12 Mars 1920. (Automobiles postales.)..	90
 CHAPITRE VII. — Comment la question de l'imprévision fut résolue en Alsace-Lorraine.....	 93
I. — Le jugement du Tribunal régional de Mulhouse du 18 Décembre 1919.....	94
II. — L'Arrêt du Tribunal supérieur de Colmar du 15 Juin 1920.....	95
 CHAPITRE VIII. — La détermination du préjudice subi par le concessionnaire et la répartition des conséquences onéreuses des charges extra-contractuelles entre le concédant et le concessionnaire.	97
I. — Imprécision de la solution adoptée par le Conseil d'Etat	97
II. L'Arrêt du 25 Novembre 1921 (automobiles postales)	98
III. — Ce qui résulte de cet arrêt. — L'indemnité doit se borner à compenser la perte effectivement subie par le concessionnaire. — Définition précise de la mission des experts.....	102
Appendice. — Arrêtés récents de Conseils de Préfecture faisant application des principes dégagés par le Conseil d'Etat	104
 CHAPITRE IX. — La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de charges extra-contractuelles grevant les concessions de distribution d'énergie électrique	 105
Arrêts de Chatellerault (3 Juin 1921) et de Meaux (3 Février 1921) :	
I. — Application de la théorie de l'imprévisibilité limitée aux concessions d'électricité utilisant la force thermique	106

	Pages
II. — Nécessité pour le concessionnaire d'avoir subi une perte effective :	
Arrêté du Conseil de Préfecture de la Seine, 27 Janvier 1920 ; Arrêté du Conseil de Préfecture de la Loire, 31 Janvier 1922.....	108
CHAPITRE X. — L'attitude de l'Administration.	
Circulaires et cahiers des charges type.....	111
Section I. — Le gaz :	
I. — Gaz : Circulaires du Ministre de l'Intérieur....	112
Circulaire du 28 Août 1919.....	112
Circulaire du 21 Mai 1920.....	112
Circulaire du 12 Avril 1921.....	113
II. — Cahier des charges type pour l'industrie gazière	114
a) Tarif de vente du gaz.....	114
b) Participation aux bénéfices.....	114
Mise en régie	115
Section II. — Documents concernant l'électricité....	116
Circulaire du 24 Novembre 1919 ; Circulaire du 17 Janvier 1920	116
b) L'index économique	116
c) Le danger des formules variables.....	117
d) Le cahier des charges type. — I) Revision des tarifs	117
Section III. — Usagers et concessionnaires.....	118
Abus des Compagnies concessionnaires.....	118
CHAPITRE XI. — Les répercussions des relèvements de tarifs sur les polices d'abonnement au gaz ou à l'électricité	121
I. — Pourquoi la question devait se poser.....	121
II. — Contentieux des litiges entre concessionnaires et abonnés	122
III. — Nature du contrat d'abonnement	122
IV. — La jurisprudence admise par la Cour de Cassation	124
V. — Justification de cette jurisprudence.....	126
VI. — Le sens de la jurisprudence civile.....	126

	Pages
CHAPITRE XII. — La jurisprudence administrative de l'im- prévisibilité comparée à la jurisprudence civile de la force majeure.....	129
Section I. — La théorie civiliste de la force majeure.	130
a) Définition de la force majeure.....	130
b) La jurisprudence civile.....	131
c) La clause « rebus sic stantibus ».....	132
d) Le mouvement législatif et l'évolution civiliste..	132
1) Nature et portée de la Loi du 21 Janvier 1918..	134
2) Application de la Loi du 21 Janvier 1918.....	135
Section II. — Examen critique des deux systèmes de jurisprudence	136
a) Justification de la jurisprudence administrative..	136
b) Raisons de la divergence entre les deux juris- prudences	139
CONCLUSION.	141

INTRODUCTION

La notion du service public a pris de nos jours une importance capitale en droit administratif dont elle constitue en quelque sorte l'idée lumière. L'étude des répercussions de la guerre de 1914-1918 sur le fonctionnement des services publics, indispensable à la vie du pays, nous a paru présenter quelque intérêt et en particulier la jurisprudence du Conseil d'Etat qui s'est instituée à propos des charges extra-contractuelles grevant les concessions gazières, nous a semblé susceptible d'un examen systématique. Nous bornerons donc notre analyse aux concessions d'éclairage par le gaz et aux concessions de distribution d'énergie électrique qui constituent une matière trop connexe pour que nous puissions la négliger. Les principes développés par le Conseil d'Etat s'appliquent du reste, *mutatis mutandis*, aux autres concessions de services publics : eaux, tramways, transports et chemins

de fer. Pour ce dernier service, les relèvements de tarifs pour charges imprévisibles ont eu lieu législativement ; mais, dans son essence, la situation était identique.

Cette contribution à l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat pendant la guerre nous fournira l'occasion, en la comparant aux décisions rendues à la même époque, par la juridiction civile, dans un ordre d'idées très voisin : le cas de force majeure, de montrer comment la haute juridiction administrative a su adapter aux circonstances nouvelles la permanence nécessaire du service public.

Nous nous proposons de suivre l'ordre suivant :

CHAPITRE PREMIER. — La notion du service public concédé.

CHAPITRE II. — Les conceptions jurisprudentielles de la force majeure et de l'imprévision.

CHAPITRE III. — Les concessions des services d'éclairage par le gaz et de distribution d'énergie électrique.

CHAPITRE IV. — Les concessions gazières et la hausse du charbon. — L'arrêt de Bordeaux.

CHAPITRE V. — Après l'arrêt du 30 mars 1916. — Ses conséquences.

CHAPITRE VI. — Le développement de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les charges extracontractuelles et imprévisibles.

CHAPITRE VII. — Comment la question fut résolue en Alsace-Lorraine.

CHAPITRE VIII. — La détermination du préjudice subi et la répartition des conséquences onéreuses des charges extracontractuelles entre le concédant et le concessionnaire.

CHAPITRE IX. — La jurisprudence en matière de distributions d'énergie électrique.

CHAPITRE X. — L'attitude de l'administration supérieure. Circulaires et cahiers des charges type.

CHAPITRE XI. — Les répercussions du relèvement de tarifs sur les polices d'abonnement au gaz et à l'électricité.

CHAPITRE XII. — La jurisprudence administrative de l'imprévisibilité comparée à la jurisprudence civile de la force majeure.

Conclusion.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DU SERVICE PUBLIC CONCÉDÉ

Pour bien comprendre dans quel esprit le Conseil d'Etat a abordé la question des charges extracontractuelles lorsqu'elle se posa à lui, brutalement, dans les faits, en 1916, il faut rappeler brièvement la conception qu'il se faisait de la nature et du rôle des services publics concédés ; nous verrons, ensuite, ce qu'il devait trouver dans sa jurisprudence traditionnelle qui lui permît de résoudre cet important problème.

S'agissant d'une étude de jurisprudence, l'opinion de la doctrine ne saurait retenir longtemps notre attention, si certains auteurs, comme MM. les professeurs Duguit et Jèze n'avaient vraiment attaché leur nom à l'étude et à l'élaboration de cette notion essentielle de service public, le

premier, dans son livre « Les transformations du droit public », 1913 ; le second, dans son ouvrage capital : « Les principes généraux du droit administratif », 2^e édition, 1914, tous deux, dans les notes publiées par la « Revue de Droit Public » où ils suivent et souvent devancent la jurisprudence. Il est également impossible de ne pas mentionner ici l'opinion autorisée de M. le Doyen Hauriou, dont les notes au Sirey constituent une illustration remarquable des arrêts du Conseil d'Etat.

Il y a service public, dirons nous, après ces savants auteurs, chaque fois que, pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d'intérêt général, il y a un régime juridique spécial et que ce régime peut être modifié à tout instant par les lois et règlements. Ces règles juridiques spéciales ont toutes pour objet de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public, en donnant le plus rapidement et le plus complètement possible satisfaction aux besoins d'intérêt général. (1)

SECTION I. — *La concession de service public.*

Un service public peut être exploité soit directement par l'Etat en régie, soit par voie de concession ; mais, dans les deux cas, il s'agit toujours d'un service public proprement dit. La concession ne constitue qu'une modalité du service public dont le régime s'applique.

Historique. — Le système de la concession était jadis employé très fréquemment, on l'utilisait pour le recouvrement de beaucoup d'impôts (fermes générales), et, même, pour les services de police et de justice. De nos jours ce

(1) C. Sur cette question de la nature du service public G. Jèze : Principes généraux du Droit administratif, 2^e édition 1914, page 240 et suivantes.

procédé de gestion tend à se restreindre aux services ayant un caractère économique, on l'emploie, toutefois, encore dans certaines communes en vue du recouvrement d'un impôt : l'octroi.

Au XIX^e siècle les concessions prennent un développement immense et sont attribuées, non plus à de grands propriétaires, comme sous l'ancien droit, mais à des spéculateurs ou à de vastes compagnies anonymes. Les formes de concession varient : par adjudication ou de gré à gré, ce dernier mode étant le plus répandu. En France, le régime des concessions est, de façon générale, préféré à l'exécution des travaux en régie par l'administration. Il convient de noter que les concessions ne sont pas faites à perpétuité (le principe de la domanialité publique, dégagé depuis la Révolution, s'y opposant).

On peut distinguer dans la concession deux périodes : 1^o *période du concessionnaire constructeur*, où nous voyons un particulier entreprendre des travaux dans un intérêt public et jouir de certaines prérogatives en raison de sa substitution aux droits de l'État ; 2^o *la période du concessionnaire exploitant*, où l'entrepreneur de travaux publics jouit de certains privilèges et exploite un service public.

Nous reviendrons plus tard sur les avantages ou inconvénients qu'offre la concession. Il faut, cependant, reconnaître que la plupart des grands travaux ont été exécutés par voie de concession, avec, il est vrai, l'appui de l'État.

SECTION II. — *Le Contrat de Concession.*

Nous employons ce terme de contrat, faute de trouver une dénomination plus adéquate, car une analyse serrée de la nature de ce que nous appellerons provisoirement « l'acte de concession » nous montrera qu'il ne s'agit pas d'un contrat pur et simple, mais d'une opération conventionnelle, pour

partie d'ordre réglementaire, pour partie d'ordre contractuel.

Jadis, cependant, la conception de la concession contrat domina en doctrine et en jurisprudence. Se référant à la définition du contrat des articles 1101 et 1102 du Code civil, on y voyait un contrat synallagmatique : le concessionnaire contractant l'obligation d'exécuter les travaux et d'exploiter le service ; l'administration s'obligeant soit au paiement d'une subvention, soit à lui laisser percevoir des taxes de péage ou de transport. Le dissentiment éclatait sur la nature de ce contrat ; contrat aléatoire, prétendaient certains ; contrat commutatif, soutenaient les autres et ils étaient la majorité. Mais on était bien obligé de convenir qu'il ne s'agissait pas d'une vente, (la concession étant précaire), ni d'un louage d'ouvrage ou d'un simple marché de travaux publics, le concessionnaire restant tenu envers le concédant après l'installation du service.

Une troisième conception faisait de la concession un contrat « sui generis », elle avait pour elle l'autorité du nom de Lafferrière qui adoptait l'idée du contrat administratif.(1)

Mais cette thèse entraînait un résultat inadmissible : le caractère intangible de ces dispositions prétendument contractuelles.

Aussi en vint-on à considérer la concession comme une opération complexe dont l'élément le plus important est, non pas la construction d'un ouvrage public, mais plutôt son exploitation par le concessionnaire, laquelle est, en fait, la gestion d'un véritable service public.

Définition de Béquet. — « La concession est l'attribution à tel individu ou à telle association du droit exclusif d'entreprendre sur une partie du domaine public de l'Etat, du départe-

(1) Cf. en Allemagne la théorie de la concession, contrat de droit public : Staatsrechtliche Verträge.

tement ou de la commune, un travail déterminé et de se livrer à son exploitation soumise à l'agrément de l'autorité ».

Cette définition a l'inconvénient de s'appliquer surtout à la concession de travaux publics simple ; mais en matière d'eau, de gaz, d'électricité, la concession de travaux publics s'accompagne de la concession de fourniture et c'est même sur cette fourniture que se perçoit la principale redevance.

Définition de Colson (1). — « La concession de travaux publics est un contrat passé avec cahier de charges, tarif maximum et convention financière, par lequel un concessionnaire s'engage, vis-à-vis d'une administration publique, à assurer la construction et l'exploitation d'un ouvrage public en percevant des taxes sur ceux qui les utilisent ».

Cette définition vise principalement les chemins de fer, mais elle a le double mérite de faire ressortir la différence existant entre l'entrepreneur et le concessionnaire chargé de l'exploitation, et aussi de mettre bien en lumière l'élément des conventions financières et l'élément du tarif maximum, précautions utiles pour empêcher le concessionnaire d'abuser du droit de lever des taxes sur le public.

Définition plus générale de M. le Commissaire du Gouvernement Chardenet. — « Le traité de concession, d'une nature si particulière... est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public, avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public, ou sur ceux qui bénéficient du service public. Lorsqu'il s'agira de la conces-

(1) Abrégé de la législation des chemins de fer, 2^e édition, p. 14 citée dans Thèse Saint Marc.

sion d'un service public, ou d'un service de transport, le concessionnaire se trouvera subrogé aux droits qu'aurait l'administration de toucher un péage ou un prix de transport ».

Ainsi se précisait la nature de cet acte complexe, vraie loi-convention.

Il y a, en effet, dans la concession, création par un acte réglementaire d'un état de choses qui est celui du service public concédé. L'acte d'institution intervient par décision réglementaire unilatérale (loi-décret ou délibération d'assemblée), après la fixation des stipulations conventionnelles réglant les droits et obligations de chaque partie.

La doctrine la plus récente et la plus autorisée déclare voir dans la concession une opération juridique formée d'un ensemble d'actes juridiques étroitement unis.

1° un acte organisant le service public concédé et en fixant le fonctionnement : acte purement législatif ou réglementaire, semblable à l'acte qui organise un service en régie.

2° un acte, dit acte condition, dont l'effet est d'investir le concessionnaire de la situation légale ou réglementaire créée par l'acte précédent, analogue somme toute à l'acte de nomination d'un fonctionnaire.

3° un acte contractuel créant, au profit du concessionnaire, une situation individuelle.

Les conséquences résultant de cette théorie étaient les suivantes :

a) *conséquences résultant de l'acte organisant le service public.*

1° comme la loi, la situation légale ou réglementaire créée est générale et impersonnelle.

2° comme la loi, cette situation est permanente, sauf expiration de la concession ou abrogation du texte l'autorisant.

3° la situation, résultant d'une loi ou d'un règlement, peut être modifiée à tout instant par l'administration. Par contre le recours pour excès de pouvoir est ouvert si une modification due à un acte réglementaire violant la loi intervient, cela par application des principes généraux (1).

b) conséquences résultant de l'acte-condition dans la concession.

Nous entendons parler des actes-conditions d'application à un individu déterminé de situations juridiques légales ou réglementaires.

1° cela n'empêche en aucune façon la modification du statut.

2° contre cet acte-condition, les intéressés ont le recours pour excès de pouvoir, mais non les voies de droit par lesquelles on demande au juge de réaliser une situation juridique individuelle.

c) conséquences résultant de l'acte contractuel.

1° Les clauses déterminant la situation particulière du concessionnaire sont faites « *intuitu personae* », d'où il suit que la concession ne peut être cédée sans l'autorisation du pouvoir concédant.

2° Ces clauses sont intangibles. Ici, par conséquent, le concessionnaire se trouve dans une situation spéciale, temporaire, toute autre que celle que lui confère l'acte-condition

(1) Un particulier intéressé a le droit d'exiger que le fonctionnement des services publics concédés ait lieu dans les conditions prévues par les cahiers des charges et les règlements complémentaires.

Cf. Sur cette question, Poirier, 15 Novembre 1907, dans « *Revue de Droit public*, 1909, page 48.

Voir note Haurion dans S. 1907-3-33.

Voir Conclusions de M. Romieu, dans Lebon. 1906, p. 162.

Voir aussi note de M. Jèze dans « *Revue de Droit public*, 1907, page 678.

lui attribuant cette situation légale ou réglementaire. Le concessionnaire a, ainsi, un droit acquis au maintien de ses avantages. En cas d'aggravation de ses charges, une indemnité, ou même la résiliation, pourra être prononcée à son profit par le juge du contrat ; il aura eu, auparavant, la ressource de tenter un recours pour excès de pouvoir.

Nous dirons, donc, plus simplement que la concession présente un double aspect, « c'est en un sens un agencement financier à forme certaine, en un autre sens, le mode de gestion d'un service public à besoins variables ». (Conclusions Blum, Conseil d'Etat, 11 mars 1910, page 233).

DÉFINITION DE LA CONCESSION

C'est une convention par laquelle un entrepreneur s'engage, moyennant rémunération, à faire fonctionner un service public, dans les conditions générales déterminées par l'administration.

SECTION III. — Malgré une terminologie quelque peu hésitante, la jurisprudence du Conseil d'Etat est conforme à la doctrine que nous venons de résumer et qui peut seule expliquer la possibilité reconnue au concessionnaire d'exercer un double recours contentieux. La jurisprudence déclare, en effet, recevable le recours pour excès de pouvoir, toutes les fois qu'il s'agit seulement d'apprécier la validité, la légalité d'un acte modifiant l'organisation du service. Au contraire, elle n'admet un recours de pleine juridiction, soit un recours en indemnité, soit même un recours en résiliation, que lorsque le requérant se plaint d'une atteinte portée à l'intégrité de sa situation contractuelle auquel cas le Conseil de Préfecture est compétent (1).

(1) La compétence du Conseil de Préfecture dérive de l'article 4 du 24 Pluviose, an 8 ; elle est d'ordre public, une clause contraire n'y saurait déroger. (Cf. Cons. d'Etat 24 Juin 1840, page 175 ; 1^{er} Mai 1896, p. 369 ; Cass. 4 Avril 1916 ; Gaz. Trib., 7 Avril 1916.)

a) Nous citerons en ce sens un arrêt du 4 août 1905 (Cie des chemins de fer Bône-Guelma ; Lebon 1905, p. 770), d'après lequel si, une décision légale en soi, porte atteinte à la situation contractuelle du concessionnaire, le Conseil d'Etat est incompétent et le renvoi devant le Conseil de Préfecture par la voie du recours de pleine juridiction s'impose.

2° Un arrêt du 6 décembre 1907 (Cie du Nord ; Lebon p. 912), il s'agissait d'un recours contre le décret du premier mars 1901 qui avait modifié l'organisation du service concédé, en ce qui touchait la durée du travail et l'éclairage des tunnels.

L'arrêt assimilait le règlement d'administration publique au décret et déclarait par suite admissible le recours pour excès de pouvoir.

3° Un arrêt du 4 janvier 1910, (Chemin de fer métropolitain ; Lebon, 1910, p. 98).

Il résulte de cet arrêt que : 1° le cahier des charges n'est pas un bloc uniquement contractuel. 2° toutes les clauses de ce cahier relatives à l'organisation du service ont un caractère légal ou réglementaire (horaires, marche des trains). 3° l'agent administratif, investi du pouvoir réglementaire, peut modifier les clauses réglementaires, dès que l'intérêt du public l'exige (Conclusions du Commissaire du Gouvernement Blum).

II. — *En ce qui concerne les atteintes à la situation individuelle du concessionnaire*, la jurisprudence de la haute juridiction administrative est également fixée. Il suffit de rappeler ici les trois arrêts précités par lesquels le Conseil d'Etat a réservé aux parties le droit de se pourvoir en plein contentieux devant le Conseil de Préfecture (1).

(1) Cf. aussi Conseil d'Etat, 14 Mars 1902, Lebon, page 189.

Ici l'intention des parties sera évidemment l'élément prépondérant de décision, que cette intention soit ou non formellement exprimée. Il appartiendra au juge du contrat de rechercher si le concessionnaire a entendu traiter « *rebus sic stantibus* » ou si, par avance, il a renoncé à réclamer toute indemnité.

b) *Atteintes indirectes à la situation individuelle du concessionnaire.*

Des actes administratifs, quoique étrangers au service concédé et n'en modifiant pas l'organisation, pourront réagir indirectement sur la situation intangible du concessionnaire. Il lui sera dû alors réparation dans la mesure où il y a aggravation des charges et même la résiliation de la concession pourra être prononcée au cas de bouleversement de son économie. Cela peut se produire au cas d'octroi d'une concession concurrente, de création et d'augmentation d'impôts ou de taxes qui rendent plus onéreuse la situation du concessionnaire.

Examinons rapidement ces diverses hypothèses.

I. — *Atteinte indirecte par l'octroi d'une concession concurrente.*

Si une commune concède l'éclairage électrique à un autre qu'au concessionnaire de la fourniture du gaz, ce dernier aura droit à une indemnité corrélative au préjudice causé. On tiendra compte dans l'évaluation de l'indemnité tant du « *damnum emergens* » que du « *lucrum cessans* » (1). Le Conseil d'Etat, sous la pression de la nécessité, fut d'ailleurs contraint de modifier sa jurisprudence, désastreuse pour les finances communales (2).

(1) Ville de Limoges, 11 Janvier 1895, page 21.

Ville de La Rochelle, 8 Février 1895, page 126.

Ville de Bourg, 8 Mars 1895, page 217.

Ville de Fécamp, 25 Février 1898, page 149.

(2) Ville de Maromme, 22 Juin 1900, page 415.

Il aboutit, alors, au procédé ingénieux de la mise en demeure adressée au concessionnaire primitif d'installer l'électricité aux conditions fixées par la concurrence ; ainsi, le droit de monopole se réduit à un droit de préférence (1)

Du reste, pour qu'il y ait atteinte à la situation individuelle du concessionnaire, il suffit qu'il y ait aggravation de la situation résultant de la volonté des parties. Si la commune rend plus onéreux l'entretien de la canalisation à gaz par l'octroi d'une concession de tramways, postérieurement à la concession d'éclairage, réparation sera due par le concédant, sauf recours contre la Compagnie des trams. (Cf. 24 Novembre 1915, Lebon, page 864).

Jurisprudence identique en matière de ponts à péage et de bacs. (Cf. 12 Mars 1875, page 258 ; Dormans 27 Avril, 1885, page 407 ; 22 Décembre 1882, page 1079 ; Lauthier, 12 Novembre 1880, page 871.

(1) S. 1902, 17 Mars, Deville-les-Rouen ; 26 Novembre 1903, Bagnères, Lebon, 693 ; 23 Juin 1906, Tarascon, S. 1908-3-147.

Toute l'évolution de la jurisprudence est retracée de façon magistrale par M. Haurion dans sa note insérée au S. 1914-3-65, sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 Mai 1912, avec l'énumération de tous les arrêts rendus en la matière.

L'arrêt précité de 1912 (Compagnie Continentale du gaz c/ ville d'Argenton) est du reste très explicite : « Considérant que l'article 17 du traité de concession ouvre au profit du concessionnaire de l'éclairage au gaz le droit de procéder lui-même à l'installation de l'éclairage électrique, si la substitution est réclamée par la ville, mais qu'il ne règle pas les conditions de fonctionnement du nouveau service ; « qu'en l'absence » de toute clause contraire, ces conditions doivent être débattues entre les parties, et à défaut d'accord amiable, être fixées par la juridiction compétente, de façon à ce que « l'exploitation soit régulièrement assurée et normalement rémunérée ».

En cas d'absence de la clause, dite du meilleur éclairage, l'idée de la faute des contractants qui n'ont pas prévu la substitution possible de l'électricité — si le contrat est postérieur à 1880 — permet l'intervention du juge.

Cf. Conseil d'Etat, 23 Novembre 1906, Pamiers ; Lebon 831.

Conseil d'Etat, 11 Novembre 1910, Longwy ; Lebon 767.

Signalons également un certain nombre de décisions du même genre en matière de transports par omnibus ou tramways, la responsabilité de la commune est admise au cas où elle a facilité l'octroi d'une autorisation de voirie ou d'un permis de stationnement des véhicules sur la voie publique, au préjudice du concessionnaire jouissant, comme en matière d'éclairage, d'un monopole de fait. Indemnité est due aussi au cas d'atteinte apportée par les travaux de construction d'une nouvelle entreprise de transports (3 Février 1905, page 110, page 464). (1).

II. — *Atteinte indirecte à la situation individuelle du concessionnaire résultant de la création ou de l'augmentation de taxes.*

a) *taxes d'octroi.*

La commune peut créer ou modifier ces droits d'octroi sans que le concessionnaire puisse s'y opposer. Mais ces taxes frappant les matières premières, il y a modification apportée à la situation contractuelle et la ville arriverait de la sorte, indirectement, à reprendre les avantages qu'elle donna.

Souvent une clause expresse du contrat dégage le concessionnaire de toute taxe sur des matières premières déter-

(1) Cf. S. 1906-3, 145 et note Hauriou. La distinction de ce qui est normal de ce qui est anormal (déjà appliquée par la jurisprudence administrative à la détermination des droits et des responsabilités) est érigée en principe d'interprétation des conventions. « La commune intervention des parties est supposée conforme à la marche normale de la vie. » Il est intéressant de noter qu'en droit civil cette distinction apparaît aussi pour l'interprétation des déclarations de volonté (abus du droit, etc.) Comme le dit excellemment M. Hauriou : « les relations juridiques comme le dit excellemment M. Hauriou : « les relations juridiques ne s'établissent pas dans l'absolu, mais dans le commerce ordinaire de la vie, dans ce qui est moyen, habituel, usuel et on appelle ça le normal ».

minées (le charbon, dans les concessions de gaz) ou bien le contrat prévoit l'allocation d'une indemnité correspondante à l'augmentation des taxes douanières (1).

A défaut de ces clauses, Conseils de Préfecture et Conseil d'Etat rechercheront l'intention des parties qui ont sans doute voulu traiter « rebus sic stantibus ». Les droits ne pourront être restitués, car ils furent perçus légalement, mais ils seront comptés dans l'allocation de dommages-intérêts.

Née en matière de travaux publics, au cas d'établissement de droits sur les matériaux de construction (2), cette jurisprudence a été étendue aux concessions d'éclairage par le gaz, au cas de création de droits sur le charbon (3), sans qu'il y ait du reste à distinguer entre l'établissement et la majoration des droits (4).

Il en est de même au cas de suppression de la faculté d'entrepôt à domicile, reconnue au profit du concessionnaire par l'acte de concession. (Cf. Ville de St-Pierre les Calais, 18 mars 1869, page 226).

Autres taxes

Le Conseil d'Etat a condamné l'Etat à rembourser les taxes levées en vertu d'un décret postérieur à la concession. (Cf. 20 Mai 1904, Compagnie Marseillaise de navigation à vapeur, page 425).

(1) Jugé en vertu de la règle que les conventions font la loi des parties qu'une commune peut consentir à son concessionnaire l'exonération de droits d'octroi dûs d'après la législation en vigueur.

C. d'E. 28 Novembre 1894, ville de Mamers, S. 1897-3-11.

C. d'E. 20 Décembre 1895, Compagnie du Gaz, S. 1898-3-8.

Cf. aussi 26 Janvier 1906, S. 1908-3-28.

(2) Ville de Lyon C/ Compagnie des Asphaltes, 6 Février 1891; Lebon, page 821.

(3) Montluçon, 9 Avril 1897; Leb. 97, p. 305.

(4) Silvestre et Rosazza C/ ville de Dieppe, 29 Décembre 1905, page 1.014.

Bardy C/ ville de Bergerac 29-11-1905, p. 678.

En résumé la jurisprudence est fixée ainsi : toutes les fois qu'il est porté atteinte à la situation financière du concessionnaire, une indemnité correspondant à l'accroissement des charges lui est allouée, ou si l'atteinte est trop forte, la résiliation de la concession peut être prononcée.

Le Conseil d'Etat repousse la conception unitaire de la concession-contrat, il y voit une convention juridique complexe. D'une part l'administration reste maîtresse de fixer les conditions d'organisation du service, sauf le recours pour excès de pouvoir ouvert au concessionnaire ; d'autre part ce dernier a droit au maintien des conditions financières et il peut exercer un recours en indemnité ou en résiliation pour les faire respecter-(1).

(1) Selon une formule de M. Hauriou, le concessionnaire apparaît comme ayant sur sa concession des droits de nature très spéciale, « une possession très forte qui n'est précaire que vis à vis de l'administration et dans l'intérêt du domaine ».

CHAPITRE II.

LES CONCEPTIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA FORCE MAJEURE ET DE L'IMPRÉVISION

Nous avons défini dans le précédent chapitre la nature juridique de la concession et précisé les droits que le concessionnaire tire du cahier des charges. Il nous faut insister à présent sur la doctrine de l'imprévision lentement élaborée par la jurisprudence, à côté de la théorie traditionnelle de la force majeure.

Déjà les décisions rendues au cas d'aggravation des charges du concessionnaire, par suite de l'intervention directe du concédant, peuvent être considérées comme une application de l'imprévision, nous n'y reviendrons pas. (Cf. Chapitre premier).

Mais le véritable domaine de cette théorie indemnitaire s'étend aux hypothèses où l'obligation du concessionnaire

est rendue plus onéreuse par un fait naturel. La théorie traditionnelle de la force majeure est en effet inapplicable, comme nous allons le voir, à ces événements.

I. La force majeure

On appelle, en droit civil, cas de force majeure, un événement indépendant de la volonté du débiteur et qui, matériellement, le met dans l'impossibilité d'accomplir ses obligations, le libère, si l'empêchement est définitif, lui permet d'ajourner l'exécution, si l'empêchement est temporaire. (Code civil, articles 1147, 1148, 1302).

Le cas forfuit entraîne également l'exonération du débiteur.

L'article 1137 pose le principe de la responsabilité du débiteur qui a la charge de la preuve contraire (1).

Les mêmes principes sont admis en droit administratif.

Marchés de fournitures ou de travaux publics.

Souvent les cahiers des charges des marchés de fournitures (1) ou de travaux publics (2), prévoient des événements accidentels, des cas de force majeure, susceptibles d'ouvrir droit à indemnité ou de faire prononcer la résiliation au profit du fournisseur ou de l'entrepreneur. Si l'inexécution ou le retard dans la livraison provient d'un événement de ce genre régulièrement constaté, le Conseil d'Etat décharge le fournisseur ou l'entrepreneur de la clause pénale (3). Il est naturellement nécessaire que l'inexécution soit la conséquence d'un événement purement forfuit et non d'un fait imputable au fournisseur. (Guilhem, 1855, page 163 ; Lion, Lebon, 1872, page 634).

En outre l'accident doit être complètement imprévu, s'il

(1) Jurisprudence en matière de grève. Cf. : D. 1902-2-133. S. 1910-2-103 ; S. 1904-2-42 ; 1908-1-32 ; S. 1909-1-386.

s'agissait seulement de difficultés que, bien qu'exceptionnelles, il eût dû faire entrer dans ses prévisions, lors de la passation du marché, il ne serait pas fondé à s'en prévaloir pour se faire indemniser des conséquences de la résiliation prononcée contre lui. (Leconte-Dupond, 9 Juillet 1872, Lebon, page 634).

D'ailleurs les événements de force majeure qui affranchissent le fournisseur des conséquences de l'inexécution de son engagement dans les délais fixés, dégagent pareillement l'administration d'obligations prises par elle en vue de besoins déterminés. (Cf. Lamblet, 15 Novembre 1872, page 617).

Il convient de remarquer qu'aucun cas de force majeure entraînant la résiliation n'a été relevé en ce qui concerne les grandes concessions de services publics.

LA FORCE MAJEURE ET LA GUERRE

(Jurisprudence civile antérieure à 1914)

Aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence constantes, la guerre n'est pas constitutive — en elle-même —

(1) Marchés de fournitures. — Ce sont des contrats qui ont pour objet d'assurer le fonctionnement d'un service public, mais sans que le fournisseur soit associé dans une mesure quelconque, à la gestion du service public. Ex. : fourniture de pavés destinés à la voie publique, sans travail de pose. (Cf. arrêt 31 Juillet 1912, Société des granits), c'est là un contrat de droit commun. Notons que seuls les marchés de fournitures de l'Etat sont de la compétence administrative.

(2) Marchés de travaux ou de fournitures ayant pour objet un travail ou une fourniture en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public, le fournisseur étant associé, dans une mesure quelconque, à la gestion du service public. (Ex. : marchés de transports, travaux de voirie). Il s'agit ici de marchés administratifs.

(3) Département Seine C/ Cantuel. Lebon 1909, page 246.

Compagnie Maritime. Lebon 1909, page 111, grève.

Société métallurgique Ariège. Lebon 1912, page 777.

Dans ces deux derniers cas il y avait force majeure et non imprévision.

de la force majeure, mais elle peut l'entraîner dans telle hypothèse particulière. (D. 72-1-456 ; D. 76-5-257.)

De fréquentes applications de cette jurisprudence se rencontrent en matière de ventes de marchandises et de marchés de fournitures. Même si des difficultés très graves surviennent, l'obligation subsiste entière, et le vendeur ne peut exiger un supplément de prix sous prétexte qu'il avait été fixé pour le temps de paix, ni demander la résiliation. Il s'expose à des dommages intérêts et à la résiliation à son préjudice s'il ne livre pas. (Cf. : S. 1872-V-434 ; D. 71-3-54 ; D. 75-1-177.)

IV. — *Jurisprudence du Conseil d'Etat.*

Le Conseil d'Etat a souvent eu à statuer sur des marchés de fournitures conclus en temps de paix, il a décidé qu'en cas de difficultés graves, le vendeur avait droit à un supplément de prix pour les fournitures faites pendant la guerre, excepté si, lors de la passation du contrat, les hostilités étaient prévisibles. (Lebon, 1846, p. 60.) Toutefois, de même que la Cour de Cassation, il déclare que l'état de guerre ne résilie pas les marchés de plein droit. (Cf. Contour. Service des prisons, 22 mai 1874, Leb. 478.)

L'impossibilité absolue de fabriquer ou de livrer ne constitue pas un cas de force majeure, si, d'après l'esprit de la convention, les matières premières ou les marchandises doivent provenir d'une source quelconque, car il sera possible de se les procurer ailleurs, fût-ce à des conditions plus onéreuses.

Si un fabricant, au contraire, a promis de livrer des produits déterminés de telle usine ou de tel endroit spécifié, l'empêchement de fabriquer produit la force majeure — à moins que le marché n'ait été signé depuis la guerre ; dans ce cas les difficultés étaient prévisibles. (Cf. : Lebon 1864,

p. 104 ; Lebon 1864, p. 819.) Si l'on a connu le fait des hostilités au moment du contrat, on est supposé en avoir pris implicitement à sa charges les aléas.

Cette jurisprudence du Conseil d'Etat s'applique également aux faits de révolution, d'émeute et de guerre civile. Cf. Cour cass. 8 janvier 1855. D. 1955-I-9. ; et Conseil d'Etat, 4 février 1887. D. 1888, III, 69.)

En résumé, l'on peut dire que la jurisprudence administrative se conforme aux principes généraux du Code civil et à l'application qu'en fait la juridiction civile aux cas de force majeure, mais elle tient compte des nécessités de l'intérêt général.

Le Conseil d'Etat interprète plus largement les événements de force majeure que la Cour de Cassation, avec laquelle il est d'accord sur le principe de la nécessité d'un obstacle insurmontable pour justifier l'exonération du débiteur ; par contre il admet qu'il y a obstacle insurmontable, lorsque l'événement qui s'est produit a troublé très gravement l'économie du contrat.

(Cf. département Seine C/ Cantuel. L. 5 mars 1909. Lebon page 246.)

II. L'Imprévision

La jurisprudence du Conseil d'Etat avant la guerre, relativement aux marchés de fournitures ou de travaux publics.

La théorie civiliste du contrat est que toutes les éventualités possibles sont censées avoir été prévues. La théorie administrative du contrat est que les contractants ne sont censés avoir prévu que les éventualités habituelles, d'après le droit commun, ce qui laisse de la sorte une marge à l'imprévision (1).

Il est à remarquer du reste, qu'en cette matière, le contrat

(1) Cf. Hauriou, note au S. 1916-3-17.

ne s'exécute pas toujours tel qu'il a été signé. L'administration a le droit d'y apporter certaines modifications sous réserve qu'elles ne le dénaturent pas. En outre, l'administration seule dresse le cahier des charges, si bien que la « situation, quoique contractuelle en la forme, est à moitié réglementaire au fond ». Enfin les marchés administratifs mettent en jeu un intérêt public, ils s'exécutent aux dépens des deniers publics et obéissent à des règles propres (2). Si, en cours d'exécution, surviennent des événements exceptionnels qui apportent à l'entrepreneur des charges que les contractants n'avaient ni prévues, ni voulu rémunérer, elles devront faire l'objet d'une rémunération supplémentaire. †

La théorie de l'imprévision apparaît donc comme une conception essentiellement jurisprudentielle qui ne repose sur aucun texte.

Le Conseil d'Etat l'élabora peu à l'occasion d'une série de cas particuliers dans lesquels des solutions iniques se fussent imposées, à ne considérer que la lettre seule des textes. Cette conception tend parfois à faire fléchir la rigidité des cahiers des charges, le plus souvent à suppléer à leur silence. Elle permet à l'entrepreneur de travailler sans inquiétude, sans se laisser arrêter par les difficultés exceptionnelles auxquelles il pourrait se heurter ; elle est également favorable à l'administration qui est ainsi toujours assurée que l'exécution ne sera pas paralysée par la brusque survenance de sujétions imprévues.

Nous allons analyser brièvement les arrêts par lesquels le Conseil d'Etat a inauguré et établi sa jurisprudence de l'imprévision. — *En matière de marchés de fournitures.*

Un arrêt du 3 Décembre 1817. (Leb., p. 299) s'exprime

(2) Articles 1143 et 1144 du Code civil inapplicables, pas de procédures d'exécution contre le Trésor.

ainsi : « Bien que dans une adjudication de transport, l'évaluation des quantités à transporter ait été faite par approximation seulement et sans garantie du plus ou moins, il est dû cependant une indemnité aux adjudicataires, si les quantités transportées sont en disproportion évidente avec le chiffre prévu ».

Un arrêt Moreau (1^{er} Février 1829) montre la faculté pour l'administration de profiter des découvertes industrielles réalisées depuis la conclusion d'un marché, à charge d'en tenir compte au fournisseur lésé. «..... la réduction qui en est résultée dans la consommation de l'effectif n'avait pu entrer dans le calcul de l'entrepreneur, comme élément de rabais fait par lui sur les prix du devis — que dès lors, il y avait lieu de refaire avec lui une convention supplémentaire ou de lui allouer une indemnité ». (Cf. Recueil des Arrêts du Conseil, 1829, page 28.)

Il est à remarquer que dans ces espèces il y avait un fait de l'administration. De même nous pouvons citer un certain nombre d'autres arrêts accordant des indemnités au fournisseur de vivres, pour l'augmentation de dépenses causée par les fournitures faites dans des conditions exceptionnelles — à des troupes rassemblées extraordinairement, et lorsque ces circonstances n'avaient pas été prévues lors de la soumission du service (1).

Un arrêt du 14 Novembre 1902 (Lebon, p. 664, Olmer et Hesbert C/ l'Etat) est assez explicite ; le montant des fournitures exigées de la part de fournisseurs de papier avait dépassé le triple des quantités approximatives prévues dans les états annexés au cahier des charges et « qui étaient entrées dans la commune intention des parties ». Le Conseil

(1) Cf. Jossierand, 3 Juillet 1864. Lebon, p. 647 ; Escalle 20 Juin 1873, p. 567 ; 20 Avril 1877, p. 343 ; 24 Novembre 1905, Lebon, p. 863. D. 1907-3-70 ; 22 Novembre 1912, Lebon, p. 1077.

d'Etat considérant « qu'une telle disproportion, qu'on ne peut expliquer que par la satisfaction donnée à des besoins nouveaux, est en contradiction manifeste avec les indications approximatives qui ont été l'un des éléments essentiels du marché, qu'ainsi, elle constitue une véritable imprévision dont les conséquences dommageables pour les requérants, sont de nature à ouvrir en leur faveur un droit à indemnité... à raison de la livraison d'une quantité de fournitures, excédant si notablement celle que le contrat, sainement interprété, mettait à leur charge. » (1).

On peut aussi citer certaines décisions de refus, le Conseil d'Etat appréciant souverainement chaque espèce. (Dubourg, 16 Juillet 1857 ; Godillet, 1873, p. 352 ; 14 Février 1908, Lebon, p. 146.)

En matière de marchés de travaux publics

D'après le Code civil (article 1793) pour que la revision d'un marché à forfait soit possible, il faut une erreur sur la substance même du contrat, par exemple sur la nature des terrains à déblayer. Le Conseil d'Etat va plus loin puisque, pour lui, la théorie de l'imprévision joue du moment que les terrains inférieurs, bien que de même sorte que ceux indiqués, « offrent à l'exécution des difficultés bien plus considérables et plus onéreuses » (2). Il suffit donc d'une différence

(1) Cf. autres arrêts, Labeye, 1911, p. 987, sur toute cette question de développement de la théorie de l'imprévision. Cf. thèse Saint Marc.

(2) Oliva, 16 Décembre 1864 et conclusions Aucos, p. 1018.

Cf. Lebon, 7 Juin 1889, p. 739 et D. 91-3-35.

Cf. Guillotin, 19 Juillet 1895, p. 592.

Michon, 3 Février 1905, p. 105.

Martin, 16 Mars 1906, p. 239.

Hébrard, 25 Octobre 1911, p. 983 ; Département Côtes-du-Nord, 13 Mai 1914, p. 583 ; Legal, 24 Juin 1914, p. 756.

de degré, non de nature. Le Conseil d'Etat ne s'est pas laissé arrêter par les clauses du cahier des charges prévoyant un prix unique forfaitaire pour les déblais de toute nature, «
quelles que puissent être les difficultés rencontrées dans l'extraction des matériaux ». Nous retrouverons pendant la guerre cette jurisprudence à propos des charges extracontractuelles grevant les concessions gazières.

A côté de ces décisions reconnaissant au vice imprévu du sol, un caractère constitutif d'imprévision, on trouve des arrêts accordant des indemnités dans des cas où l'imprévision est due à une augmentation du prix de la main-d'œuvre ou des matériaux provoquée par une grève. (Poivrel, 9 Novembre 1916. D. 17-3-11.) Ou encore à une élévation des droits de douane. (Degraeve, 31 Mai 1918. Lebon, page 528.) Ces diverses solutions ont été inspirées tant par des considérations d'ordre général que par le respect des intentions des contractants. Si le Conseil d'Etat a déchargé l'entrepreneur des aléas anormaux et exceptionnels, c'est qu'il a jugé qu'il était nécessaire que le marché fut exécuté, le travail public achevé et la fourniture livrée. L'intérêt public, qui explique et justifie la compétence administrative, se trouvait en jeu et imposait ces solutions. Le juge administratif n'a pas de la sorte refait le contrat, il a simplement comblé la lacune brusquement révélée. Les conventions font la loi des parties, dans les limites prévues seulement, et il n'est donc pas même nécessaire de faire appel à l'idée de service public.

Les événements exceptionnels et imprévus qui troublent gravement l'économie du contrat empêchent l'application stricte et littérale de ses clauses ; comme le travail public ou les fournitures ne doivent pas être arrêtés, ils seront effectués néanmoins, mais le fournisseur ou l'entrepreneur saura qu'il sera rémunéré des charges qui excèdent la limite de son

engagement, imprévues pour lui comme pour l'administration, dont il n'a pas été tenu compte et qu'il serait excessif de lui faire supporter (1).

(1) N. B. Le Conseil d'Etat devait être amené naturellement à appliquer la théorie de l'imprévision en matière de travaux publics et de marchés de fournitures, parce que les cahiers des clauses et conditions générales prévoient les modifications qui peuvent troubler le plus communément l'exécution des conventions. Ainsi l'article 33 du cahier des Ponts et Chaussées déclare que « si, pendant le cours de l'entreprise, les prix des matériaux ou de la main-d'œuvre subissent une augmentation telle que la dépense totale des ouvrages restant à exécuter d'après le devis, se trouve supérieure d'un sixième aux estimations du projet, l'entrepreneur a droit à la résiliation du marché ».

Sans doute l'article 33 ne confère que le droit de demander la résiliation, mais c'est une disposition qui a poussé le Conseil d'Etat à accorder une indemnité au cas où les obligations de l'entrepreneur se sont trouvées considérablement surchargées par des événements hors de prévision, lors de la conclusion du contrat.

CHAPITRE III

LA CONCESSION DES SERVICES D'ÉCLAIRAGE PAR LE GAZ ET DE DISTRIBUTION D'ÉNERGIE ÉLECTRIQUE

Avant d'exposer les vicissitudes des concessions de gaz et d'électricité pendant la guerre, il convient de rappeler le régime auquel elles étaient assujetties.

I. Concessions d'éclairage par le gaz

Les traités portant concession à titre exclusif pour une durée de plus de trente ans des grands services municipaux, doivent être approuvés par le Préfet si le revenu de la ville est inférieur à trois millions, ou par décret, si ce revenu atteint ou dépasse cette somme. (Article 115, paragraphe 2

de la loi du 5 Avril 1884, combiné avec l'article 115, paragraphe I et l'article 145, paragraphe 3.) (1).

Par l'expression concession à titre exclusif, la loi paraît désigner les concessions constitutives de monopole.

Sans doute une municipalité ne saurait conférer à une société ou à un particulier quelconque le monopole de l'éclairage, la commune ne possédant pas elle-même ce droit ; mais en réalité le concessionnaire de l'éclairage public et privé jouit d'un véritable monopole de fait, puisque la ville s'interdit de concéder à un autre le droit de passage sur ou sous la voie publique, indispensable à l'exploitation du service. On se souvient que ce monopole de fait est rigoureusement sanctionné par la jurisprudence.

Il n'en reste pas moins que chacun peut produire pour son propre usage le gaz ou l'électricité, à condition de ne pas emprunter la voie publique.

Notons que les traités de concessions des grands services municipaux, à titre exclusif ou pour une durée supérieure à trente ans, ne rentrent pas dans les catégories d'entreprises qui doivent être nécessairement mises en adjudication par application de l'ordonnance du 14 novembre 1836.

Droits et obligations du concessionnaire

Le cahier des charges constitue la loi de la concession, il en détermine la durée, précise les conditions dans lesquelles le concessionnaire fera tous les travaux de canalisation et fournira le gaz. La rémunération est constituée par le droit que la commune lui cède de percevoir sur les particuliers des

(1) Une loi du 25 Mars 1922 (J. O. 26 Mars 1922) a modifié dans son article 1 le troisième paragraphe de l'article 145 de la loi du 5 Avril 1884, en décidant que, pour être soumis à l'approbation du Président de la République, sur la proposition du Ministre de l'intérieur, les budgets communaux devront atteindre un revenu d'au moins 9 millions.

redevances qui dépasseront le prix marchand du gaz fourni.

Si la commune avait exploité elle-même, elle aurait perçu ce droit, elle le cède à son concessionnaire en lui imposant un tarif pour protéger le public contre l'éventualité de ses exigences abusives (1).

Des clauses prévoyant les redevances et prélèvements à percevoir par la ville, l'obligation de fournir l'éclairage à toute personne sur le parcours, la responsabilité en cas de dommages, le cautionnement à déposer par le concessionnaire à la caisse municipale (2), les cas de retrait d'autorisation (3), les conditions de travail des ouvriers, ainsi que la proportion limitée des ouvriers étrangers à embaucher, et l'emploi prescrit de matériel surtout français se retrouvent dans tous les cahiers des charges, bien que jusqu'en 1921, il n'existât point de cahiers des charges-type (4).

Notons enfin que les polices d'abonnement doivent être conformes à un modèle approuvé par le Maire ou, en tous cas, ne pas être contraires aux clauses du cahier des charges.

Aucun texte de loi ne réglemente spécialement les concessions d'éclairage par le gaz, il en est autrement, nous l'allons voir pour les concessions de distribution d'énergie électrique.

(1) On prévoit en général un prix différent pour l'éclairage public (c'est le moins élevé) et pour l'éclairage privé, divisé en éclairage domestique et en éclairage industriel.

(2) Certains cahiers des charges le réduisent à 50 francs — sanction dérisoire si jamais la saisie en devient nécessaire.

(3) Cas souvent prévus : cession de la concession à un tiers; suppression non motivée par force majeure, du service pendant un certain temps.

Violation du cahier des charges.

A noter que le Conseil d'Etat répugne à prononcer la déchéance et qu'il la remplace par une sanction très adoucie : l'allocation de dommages intérêts.

(4) Les sanctions que le cahier des charges met à la disposition du concédant sont souvent très inefficaces : amendes de un franc par infraction, etc.

II. Concession de distribution d'énergie électrique

La loi du 15 Juin 1906 est venue réglementer la matière, elle s'applique à toute distribution d'énergie électrique, sauf à celles destinées à la transmission des signaux et de la parole, régies par le décret-loi du 27 Décembre 1851.. Restent également en dehors de l'application de la loi de 1906 les distributions d'énergie à l'aide de conduites d'eau à haute pression ou au moyen de véhicules circulant sur les voies publiques et contenant des réceptacles d'énergie. Par contre, les concessions d'énergie électriques en vue de l'éclairage ou de la distribution de la force motrice sont soumises à l'empire de ce texte. Il est à remarquer que l'installation et l'exploitation peuvent se faire sous triple forme : a) permission de voirie ; b) concession simple ; c) concession déclarée d'utilité publique. Nous ne nous occuperons pas du premier cas.

Concession simple

Elle est donnée après enquête, par la commune ou le syndicat formé par plusieurs communes, si la demande en concession ne vise que le territoire de la commune ou du syndicat, soit par l'Etat dans les autres cas. Un cahier des charges-type, approuvé par un Décret en date du 17 Mai 1908 (*J. O.*, 28 Juin 1908) s'impose à toutes les concessions, sauf les dérogations ou modifications qui seraient expressément formulées (article 6).

Lorsque la concession est de la compétence de l'Etat, c'est le Préfet qui passe l'acte de concession, ou le Ministre des travaux publics, après avis du Ministre de l'Intérieur, selon qu'elle se borne au territoire d'un département ou qu'elle en excède les limites.

Il faut l'approbation préfectorale si la concession a été donnée au nom de la commune. Si l'acte de concession contient des dérogations au cahier des charges-type, il ne devient

définitif qu'après avoir été approuvé par un décret délibéré en Conseil d'Etat (article 7).

Ces concessions sont exclusives de monopôle, elles ne peuvent faire obstacle à l'octroi d'une concession concurrente pourvu que les conditions n'en soient pas plus avantageuses. Toutefois, les concessionnaires de l'éclairage peuvent obtenir le droit exclusif d'utiliser la voie publique pour distribuer l'éclairage aux particuliers, mais ce privilège ne peut exister au cas de distribution de force motrice. (article 8).

Le concessionnaire ne peut être pécuniairement tenu que de la redevance due pour occupation du domaine public ; on ne peut exiger de lui d'autre avantage que « des prix réduits d'abonnement accordés aux services publics pour des fournitures équivalentes ».

L'autorité concédante a toujours le droit, pour un motif d'intérêt public, d'exiger la suppression d'une partie quelconque des ouvrages d'une concession ou d'en faire modifier les dispositions et le tracé. L'indemnité sera fixée par le juge du contrat, à défaut d'accord.

Concessions déclarées d'utilité publique.

L'acte de concession ne devient définitif qu'après décret déclarant l'utilité publique.

III. Contentieux

La juridiction compétente, au cas de différend entre le pouvoir concédant et son concessionnaire, est, tant en matière d'éclairage par le gaz que de distribution d'énergie électrique, le Conseil de préfecture, dont la compétence résulte de la loi du 28 Pluviose de l'an VIII, article 4 (1).

(1) Cf. de Bourdeille, 11 Janvier 1862, p. 35.

Trib. conflits, 24 Juin 1911. S. 1914-3-30.

Conseil d'Etat, 5 Juillet 1911. D.P. 1913-3-128.

Cass. civ., 8 Avril 1913. D. P. 1916-I-258

Le Conseil de préfecture connaît également des litiges entre le concessionnaire et le cessionnaire. (C. d'Etat, 5 Décembre 1873, p. 916 ; 9 Mars 1894, p. 190.)

Cette compétence est *ratione materiae*, et aucune clause contraire ne saurait donc y déroger. (Hindenlang, 24 Juin 1889, p. 175 déjà cité.) Les litiges entre le concessionnaire et les abonnés sont au contraire de la compétence judiciaire (1).

Tel était donc le régime des concessions d'éclairage par le gaz et de distribution publique d'énergie électrique au moment de la guerre. Nous connaissons d'autre part l'idée que la jurisprudence administrative se faisait de la nature et de la mission des concessions de services publics, ainsi que les applications faites par elle de la théorie de l'imprévision, au cas où l'exécution d'un travail public ou la livrai-

(1) L'abonné demandeur peut assigner à son gré au civil ou au commerce. Il ne put être assigné qu'au civil s'il est défendeur et non commerçant. — Pouvoir des tribunaux judiciaires. Ils peuvent faire application des clauses des traités de concession lorsqu'elles ne présentent aucune ambiguïté. (Cf. Cass. 18 Avril 1910. S. 1911-1-33). Il sont incompétents pour les interpréter (Cf. S. 1907-1-185; Pand. 1918-19-1-73 avec note Duguit). Par suite, si l'interprétation d'une clause du traité de concession devient nécessaire, au cours d'un litige entre le concessionnaire et un tiers, le tribunal judiciaire saisi devra surseoir à statuer jusqu'à interprétation par l'autorité administrative de la clause du traité de concession sur laquelle porte le débat (Cf. S. et P. 1920-1-1721).

Limites de la concession. — De même qu'un administrateur de service public ne peut accomplir dans ce service aucun acte qui ne soit prévu par les lois et règlements, de même une société concessionnaire doit se renfermer dans les limites de l'acte qui précise l'objet de sa concession. Si elle vend, par exemple, les excédents d'énergie électrique dont elle dispose, c'est à la condition qu'ils proviennent réellement de la production d'énergie imposée par la marche du service (Cass. 24 Février 1920 dans Gaz Trib. Nov. 1920, Gaz de Lyon C/ Compagnie O.T.L. de Lyon). Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie comporte, on le voit, une exception au détriment de ceux qui bénéficient d'un monopole ou d'une concession. (Cass. 13 Mars 1909. Gaz. Trib. 15 Mars 1909).

son d'un marché de fournitures de l'Etat est devenue bien plus difficile et bien plus onéreuse par suite d'un événement exceptionnel et imprévu. Nous allons voir, à présent, comment le Conseil d'Etat a dû étendre sa jurisprudence traditionnelle au cas des charges extracontractuelles et imprévisibles venant grever les concessions de fourniture de gaz et d'électricité en raison de la hausse des matières premières, consécutive à la guerre de 1914.

CHAPITRE IV

LES CONCESSIONS GAZIÈRES ET LA HAUSSE DU CHARBON

La théorie de l'imprévision n'avait pas encore fait l'objet d'une application aux concessions de services publics, en cas d'évènements exceptionnels et imprévus, absolument étrangers à toute intervention du pouvoir concédant, lorsque la guerre de 1914 et le bouleversement économique qu'elle ne tarda pas à provoquer, vinrent mettre les concessions d'éclairage par le gaz en fâcheuse posture.

I. — La houille est en effet la matière première indispensable à la marche de ce service public et la France qui, même en temps de paix, ne réussissait pas à suffire à la consommation nationale, était obligée de faire un appel plus considérable à l'étranger, en raison de l'occupation par l'ennemi de nos régions productrices de charbon.

Quelques chiffres seront, à cet égard, pleinement édifiants

pour montrer la gravité que prit dès l'abord la crise du charbon (1). Avant la guerre, le prix moyen de la tonne de charbon ne dépassait pas 32 francs la tonne, tous frais compris et rendu à l'usine ; dès le début des hostilités le prix monta à 38 francs pour s'élever dans le premier semestre 1915 à 48 francs. La hausse se poursuivait par bonds et atteignait 58 francs le deuxième semestre 1915 ; 70 à 80 francs la tonne au début de 1916 ; enfin en mars 1917, le prix moyen de cette matière première essentielle pour la fabrication du gaz n'était pas moindre de 117 francs la tonne (2).

Si l'on se souvient du chiffre de tonnes de charbon nécessaire à la marche d'une usine, on se rend compte du bouleversement apporté par cette hausse dans la trésorerie des Compagnies gazières (3). Il était impossible pour elles de subir ces augmentations fantastiques sans secours du concédant, mais comment fonder juridiquement leur recours en indemnité ?

Les principes admis par le Conseil d'Etat en matière de service public concédé commandaient la procédure à suivre. La juridiction administrative était évidemment celle qui devait être saisie et, en l'espèce, c'était aux Conseils de Préfecture, juges du contrat, qu'il convenait de s'adresser. Un

(1) La question du charbon a joué pendant la guerre un rôle considérable ; des organismes spéciaux s'occupèrent du ravitaillement du pays en combustibles, des conventions furent passées avec l'Angleterre, notre grand fournisseur, la France fut partagée en zones, les consommateurs en catégories, etc...

(2) Notons aussi que le fret subissait une hausse fantastique, puisqu'il passait, pour Marseille de 6 à 10 shillings, pour Bordeaux de 6 à 45 shillings.

(3) La Compagnie du gaz de Bordeaux utilisait 10.000 tonnes par mois ; par suite, l'aggravation de ses charges, en stabilisant la hausse du charbon à 63 francs, était de 400.000 francs par mois. A Paris, où fonctionne le système de la régie intéressée, l'approvisionnement quotidien en charbon est de 5.000 tonnes.

recours direct au Conseil d'Etat était impossible, l'augmentation n'étant due en aucune matière à l'intervention de l'Etat, puissance publique (1). Les concessionnaires le comprirent et c'est devant les Conseils de Préfecture qu'ils portèrent, avec des chances diverses, leurs réclamations.

II. — *Jurisprudence des Conseils de Préfecture.* — Une doctrine ferme ne se dégagait pas de ce premier stade contentieux et l'utilité d'une juridiction administrative d'appel, statuant en dernier ressort et créant une jurisprudence devait recevoir une confirmation nouvelle et éclatante.

a) Donnèrent gains de cause aux Compagnies :

Les Conseils de Préfecture d'Eure et Loire (arrêté du 14 Janvier 1916) ; les Conseils de Préfecture de la Drôme (arrêté du 18 Février 1916) ; les Conseils de Préfecture de la Seine-Inférieure (arrêté du 10 Novembre 1915) ; le Conseil de Préfecture de Seine-et-Oise (arrêté du 20 Octobre 1915).

Argumentation.

L'arrêté du 10 Novembre 1915 (Seine Inférieure) dans le *Moniteur Judiciaire de Lyon*, 21 Avril 1916, se base pour admettre l'autorisation de relever les prix sur la modification de l'équilibre du contrat et sur l'aggravation des charges initiales. Ce relèvement cessera à la paix, les effets de la décision remontent au jour de la demande, pour l'éclairage public, mais ils ne s'appliquent aux abonnés que du jour de la publication ; ils pourront donc accepter ou résilier leurs

(1) Un recours basé sur le fonctionnement défectueux du service public (affaires étrangères ou guerre) n'eût certainement pas été admis. La guerre, en droit public, étant un cas de force majeure qu'un gouvernement est toujours censé n'avoir pu éviter ; du reste une loi couvrirait tout. La hausse était générale et seule la situation spéciale des concessionnaires pouvait motiver un traitement spécial.

abonnements. Le Conseil de Préfecture va donc jusqu'à déterminer la quotité du relèvement.

L'arrêté du 20 Octobre 1915. (Seine et Oise).

(Dans la Gazette du Palais, 12 Février 1916). Il rejette l'application de la théorie invoquée de l'imprévision. Selon lui, la guerre a dû être prévue. La base du relèvement réside dans le fait que la Compagnie s'est engagée à diminuer le prix pour certaines causes, mais il y a une contre partie implicite ; c'est le relèvement du prix en cas de hausse du prix de revient. La Ville peut être condamnée dans ces conditions à payer la moitié des pertes à partir du jour où le prix de revient du gaz a plus que doublé (naissance de l'idée du prix limité). — Mais l'arrêté le plus intéressant est celui rendu par le Conseil de Préfecture d'Eure-et-Loir, le 14 Janvier 1916 (Gaz. Palais, 11 Mars 1916).

Les contrats de concession tendent à un juste équilibre ; or l'économie du contrat est détruite. La base juridique de l'indemnité consiste dans l'imprévision fatale, l'enrichissement sans cause, résultant pour le concédant et les abonnés du maintien des clauses. L'application du contrat serait un usage abusif du droit.

La limite de la hausse prévisible sera celle atteinte par le prix du charbon durant une période de vingt ans avant la guerre. Les pertes seront partagées par la moitié, s'il est convenu dans le traité de concession que les bénéfices, résultant d'inventions nouvelles, seront partagées par moitié ; on tiendra compte aussi des bénéfices dus à la vente des sous-produits. Enfin le relèvement produira effet du jour de la demande en ce qui concerne l'éclairage public (Cf., arrêté, Seine Inférieure, 10 Novembre 1915).

N. B. Il est à noter que cet arrêté s'inspire très nettement de la consultation rédigée par M. le Doyen Larnaude pour la Compagnie du gaz de Bordeaux.

Postérieurement à l'arrêt de Bordeaux :

Conseil de Préfecture de l'Indre (arrêté du 6 Mai 1916) ; Conseil de Préfecture de l'Yonne (arrêté du 11 Novembre 1916) ; Conseil de Préfecture des Côtes du Nord (arrêté de Janvier 1917) ; Conseil de Préfecture de la Loire Inférieure (arrêté du 17 Février 1917).

Juridictions ayant rejeté la demande des Compagnies (1).

Conseil de Préfecture de Seine et Marne (arrêté du 15 Novembre 1915) ; Conseil de Préfecture des Deux Sèvres (arrêté du 29 Avril 1915) ; Conseil de Préfecture de Maine-et-Loire (arrêté du 5 Janvier 1916) ; Conseil de Préfecture de la Côte d'Or (arrêté de Janvier 1916) ; Conseil de Préfecture de la Gironde (arrêté du 30 Juillet 1915).

Tous ces arrêtés sont, on le remarquera, antérieurs à l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 Mars 1916 (2).

Les motifs invoqués à l'appui du refus. — D'après ces arrêtés le cas de force majeure résultant de la guerre est invoqué en vain ; d'autre part les articles 1156 et 1163 du

(1) Juridictions ayant ordonné une expertise : Conseils de Préfecture de l'Indre (6 Mai 1916), de l'Yonne (11 Novembre 1916), des Côtes du Nord (Janvier 1917), de la Loire Inférieure (17 Février 1917). Tous ces arrêtés sont postérieurs à l'arrêt de Bordeaux.

(2) Arrangements amiables. — 250 Villes environ acceptèrent des compromis ; plus de 400 par contre refusèrent tout arrangement. Le syndicat des Communes suburbaines de la Seine consentit une augmentation de 5 centimes par mètre cube dans son assemblée plénière du 27 Septembre 1915. Cet accord entre le syndicat et la Société d'éclairage, chauffage et force motrice, fut constaté par un avenant approuvé par les Préfets de Seine et Seine-et-Oise, « à raison dit le préambule, de la situation faite à la Société d'éclairage par la hausse extraordinaire du prix du charbon, résultant de la guerre, et en vue tout à la fois d'assurer pendant une période de crise le maintien du fonctionnement du service dont elle est chargée et de préserver l'avenir du régime actuel du gaz dans la banlieue, il est apporté au traité passé, des modifications purement temporaires ».

Code civil sont déclarés inapplicables à la cause réglée uniquement par l'article 1134.

III. — Nous allons examiner d'un peu plus près l'arrêté du 30 Juillet 1915 (Gironde) qui aura l'honneur, par son annulation, de créer la fameuse jurisprudence inaugurée le 30 Mars 1916 par le Conseil d'Etat. En voici les principales dispositions : «... considérant que dans ses conclusions, ainsi que dans les motifs développés dans son mémoire introductif d'instance, la Compagnie n'a jamais entendu conclure à la résiliation du contrat de concession... que l'article 1134 spécifie que la convention tient lieu de loi aux parties et que les conventions ne peuvent être modifiées sans le consentement mutuel des parties... qu'aucune clause de révocation par l'effet de la loi n'existe en l'espèce ; que la guerre ne constitue pas un cas de force majeure, qu'il n'est pas invoqué par la Compagnie..., que l'état des principes généraux amène à conclure que, dans le litige actuel, il n'y a pas lieu de prononcer la résiliation ou de fixer un prix nouveau... que si le juge peut déclarer résiliée ou nulle la convention intervenue entre les parties, il ne peut légalement, ni créer un contrat nouveau, ni modifier un contrat existant, en dehors du consentement mutuel des parties ou contre le consentement de l'une d'elles ; que l'on comprendrait mal que, son droit ainsi limité, le juge puisse toucher, sans ce consentement, aux conditions qu'il a édictées ; qu'elles sont l'essence même du contrat ; qu'elles forment un tout qui doit suivre le sort du contrat lui-même ».

On voit que le Conseil de Préfecture était composé de purs civilistes pour qui la notion du service public et du régime spécial des concessions était chose étrangère. Pour eux le Code civil est suffisant, il règle la matière des concessions, simples contrats aléatoires et l'on se demande vraiment pourquoi il existe une juridiction administrative, avec un

contentieux de principe et une procédure particulière, alors que la juridiction civile, saisie de ce procès, eût vraisemblablement statué dans des termes identiques (1).

IV. — Le syndicat professionnel de l'industrie du gaz, groupement corporatif très important et qui allait prendre en mains la défense des intérêts des concessionnaires gaziers avec une vigilance que le succès devait couronner, fit appel de cet arrêté devant le Conseil d'Etat (2).

La question était donc posée à cette haute juridiction de savoir si la concession était contrat de droit civil, du type forfaiture et, si, la guerre et ses effets ne pouvant constituer un cas de force majeure, il n'y avait pas d'autre solution que la résiliation ou le maintien intégral du contrat.

Avant de voir comment le Conseil d'Etat résolut le problème il est intéressant de préciser les faits de la cause et de constater que les demandeurs se présentaient avec l'appui d'une savante consultation de juriscultes qui venaient affirmer que la thèse du pourvoi était juridiquement très justifiée.

Les faits.

Le traité passé avec la Ville par la Compagnie du Gaz de Bordeaux lui accordait la concession de l'éclairage pour 30 ans, à partir de 1904. Il fixait le prix du gaz à 8 centimes pour l'éclairage public, à 17 centimes pour l'éclairage domes-

(1) N. B. La différence de formation des Conseillers de Préfecture et des Membres du Conseil d'Etat explique à la fois le développement de la jurisprudence du Conseil d'Etat et la méconnaissance absolue de la part des Conseils de Préfecture des principes qui l'ont inspirée.

(2) Le Syndicat professionnel de l'industrie gazière a son siège à Paris, rue de Clichy, 12. Il tient ses adhérents au courant de tout ce qui concerne leurs intérêts. Son influence est réelle et il a rendu aux concessionnaires de gaz de grands services. J'ai eu recours à l'obligeance de ses Directeurs pour me documenter et tiens à les en remercier ici.

tique et à 16 centimes pour les usages industriels. L'article 31 du cahier des charges portait que les prix ont été fixés « *en égard aux conditions actuelles de consommation et du coût du charbon*, lesquelles correspondent à une consommation de 23 millions de mètres cubes et à un coût de 23 francs la tonne de charbon rendue à l'usine, tous frais payés ».

Cet article ajoutait que les prix devaient varier suivant une double échelle ascendante et descendante, de telle sorte que chaque augmentation ou diminution de un franc sur le coût de la tonne de charbon correspondant à une diminution ou à une augmentation de 0,002 sur le tarif du mètre cube. Cependant la majoration maxima du gaz était fixée à 8 centimes pour l'éclairage public, à 18 centimes pour l'éclairage domestique et à 17 centimes pour les usages industriels.

Le Pourvoi de la Compagnie concessionnaire

La Compagnie du Gaz de Bordeaux concluait devant le Conseil d'Etat à un relèvement du prix de 375 millimes par mètre cube de gaz pour chaque franc d'excédent du prix de la tonne de charbon, rendue à pied-d'œuvre, au-dessus du cours de 28 francs. Elle demandait en outre que la ville payât pour la période se terminant au 30 Juin 1915 la somme de 1.039.000 francs et pour la période de Juin à Décembre 1915 une somme de 1.700.000 francs (1).

La Consultation

Le syndicat professionnel de l'industrie du gaz produisait également, à l'appui de sa demande, une consultation signée par des juristes éminents : M. P. Boivin-Champeaux, avocat au Conseil d'Etat, ancien président de l'Ordre ; M. E. Hannotin, avocat au Conseil d'Etat ; M. Henry Mornard,

(1) La Compagnie du gaz de Bordeaux n'était pas propriétaire de l'usine à gaz et elle n'avait pas eu à établir les canalisations.

président de l'Ordre et M. F. Larnaude, professeur de droit public général à l'Université de Paris, doyen de la Faculté de Droit (1).

Les trois premiers jurisconsultes avaient rédigé une longue consultation où ils résumaient à grands traits la conception que se faisait le Conseil d'Etat de la nature du cahier des charges, du rôle essentiel qu'y jouaient les fluctuations du prix du charbon, matière première unique. Ils montraient que, durant le dernier demi-siècle, le prix moyen de la tonne de charbon n'avait, pour ainsi dire, pas bougé, et, qu'après la guerre de 1870 notamment, il avait passé seulement de 22 à 28 francs la tonne, élévation temporaire et presque insignifiante, à coup sûr n'excédant pas les prévisions des parties lors de la passation d'un contrat de longue durée.

Ils établissaient ensuite que la guerre de 1914 avait fait subir, aux prix, un véritable bouleversement et rappelaient que les contrats de concession de services publics sont régis par des règles « fondées sur l'équité et la commune intention des parties ». La théorie de l'imprévision était développée par eux et ils concluaient, en s'autorisant des multiples applications de ce principe, faites par le Conseil d'Etat, en matières de marchés de fournitures et de travaux publics (2) que « la situation nouvelle n'ayant pas été réglée, puisque non prévue, devait être, à défaut d'accord amiable, équitablement réglée par le juge administratif ».

Ces principes, disaient-ils, devaient *a fortiori* s'appliquer au cas de concession de service public où l'on s'efforce de réaliser « dans la mesure du possible un équilibre entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges

(1) Cf. Le texte intégral de cette consultation dans la Revue générale d'administration. 1916, tome III, pages 233 et suivantes.

(2) Nous renvoyons pour cette jurisprudence au chapitre II, section II.

qui lui sont imposées... », dans tout contrat de concession est appliqué ainsi comme un calcul d'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui. Ce calcul *d'équivalence est essentiel au contrat*, bien qu'il soit étranger à sa constitution juridique et qu'il n'en modifie pas la nature par la raison qu'il est la base, le fondement même de l'accord. A côté d'éléments certains, le contrat comprend des éléments aléatoires. Il comporte un risque pour l'avenir, risque que le concessionnaire a couru parce qu'il le voulait bien (1).

Oui, mais si l'évènement qui vient de détruire l'économie du contrat ne peut être considéré comme un de ceux que le concessionnaire a dû envisager en contractant, la sujétion nouvelle qui en résultera pour lui « n'est pas rémunérée d'avance par le contrat ».

Par suite, « l'aggravation des charges initiales ouvrira au profit du concessionnaire, dans des conditions variables suivant chaque espèce, un droit à l'indemnité ou plus exactement le droit de réclamer un supplément de rémunération ».

A l'appui de cette doctrine, il était cité plusieurs arrêts que nous connaissons déjà mais qui, en réalité, en s'appliquaient peut être pas exactement à la matière, car toutes les espèces invoquées étaient viciées par une intervention de l'administration, cause directe ou indirecte de l'aggravation des charges du concessionnaire (2).

Or, ajoutait-on, l'imprévision est indéniable en l'espèce

(1) Cf. Conclusions de M. Blum, 11 Mars, 1910. Lebon, page 115 ; D. 1912-3-49, précité au chapitre II.

(2) 13 Février 1905, D. 1907-3-9 ; 24 Novembre 1905, D. 1907-3-70 ; 22 Novembre 1912, Lebon, page 1077 et 14 Février 1908, Lebon, page 146, décision de refus dont on tire un argument a contrario : le Conseil d'Etat a rejeté le pourvoi parce qu'il avait jugé que les charges étaient entrées dans les prévisions des parties lors de la passation du contrat.

actuelle, le prix de revient de la matière première essentielle a subi une hausse de 150 %. L'imprévision porte ici sur une denrée qui est « la substance même du contrat ». Il existe un remède à cette situation désastreuse : les représentants légaux de la Commune ont qualité pour consentir au relèvement du prix du gaz, même en ce qui concerne le gaz consommé par les particuliers, car ils agissent, ce faisant, en vertu de leurs fonctions, pour la protection des intérêts dont ils ont la garde et l'idée de stipulation pour autrui de l'article 1121 du Code civil n'a pas à intervenir (1).

En cas de non accord avec le concédant, le concessionnaire peut saisir le Conseil de Préfecture pour obtenir un « supplément de rémunération » sous forme de relèvement du prix du gaz ou d'indemnité. Il suffira au juge de tirer de l'économie générale du contrat les conséquences qu'elle comporte.

Pareil effort d'interprétation fut du reste déjà réalisé, lors de la question du monopole de l'éclairage par l'électricité, que les concessionnaires de la fourniture du gaz prétendaient avoir.

Enfin la situation en cas de retard de décision était examinée. La déchéance est à écarter, les cahiers des charges des concessions d'éclairage ne la prévoyant pas, ce qui est nécessaire ; il ne reste que la mise en régie, mais en l'absence de faute imputable aux Compagnies, les conséquences pécuniaires en devront rester à la charge de la Ville.

Cette consultation très approfondie, on le voit, et dont nous avons tenu à donner l'analyse, indiquait la procédure à suivre et découvrait dans la jurisprudence administrative et dans l'esprit même du contrat de concession la solution à donner au litige.

(1) Cf. S. 1889-IV, p. 9, note Labbé. Sous Cass. Belgique, 21 Juillet 1888. Cette question sera examinée avec plus d'ampleur au chapitre des répercussions des charges extracontractuelles sur les abonnés.

M. le Doyen Larnaude apportait au syndicat professionnel de l'industrie gazière, l'incalculable secours de sa science et de son autorité. Il se ralliait formellement à la précédente consultation et il y ajoutait des considérations de droit pur et d'équité sur le fondement de l'indemnité réclamée.

CONSULTATION DE M. LE DOYEN LARNAUDE.

« La difficulté particulière à l'espèce qui fait l'objet de la consultation de MM. Boivin-Champeaux, Hannetin et Mornard, à laquelle je donne mon entière adhésion, tient à ce que l'aggravation des charges du concessionnaire n'est pas due à un fait du concédant, auquel cas il ne semble guère possible de refuser une indemnité ; mais se trouve être le résultat d'une cause économique, le renchérissement énorme du prix du charbon, venant de la guerre, cause à laquelle le concédant est totalement étranger. La base juridique de l'indemnité, ne peut, dès lors, se trouver que dans l'imprévision fatale, inéluctable et inévitable, à propos de laquelle rien ne peut être reproché au concessionnaire, et dans l'espèce d'enrichissement sans cause qui résulterait pour le concédant et pour les abonnés, du maintien pur et simple du contrat.

Les contrats de concession de services publics, dans lesquels des particuliers ou des sociétés sont substitués à l'administration pour la gestion de ces services ne sont pas des contrats de spéculation dans lesquels une des parties puisse, allant jusqu'au bout de son droit, ruiner celui qui a traité avec elle. Il doit exister, dans l'intérêt même du service public, un « juste équilibre », une sorte « d'équivalence honnête » entre les obligations du concessionnaire et les bénéfices qu'il retire de son contrat, c'est à cette condition seulement qu'on obtiendra une bonne gestion du service public, but unique est exclusif du contrat de concession ».

On ne pouvait mieux dire et les demandeurs se présen-

taient, on le voit avec une argumentation solidement étayée. Qu'objectait à cela la Ville de Bordeaux, intimée ?

Argumentation de la Ville.

En son nom, M^e Talamon réclamait le rejet de la demande, le contrat de concession ne pouvant être modifié que dans les formes où il avait été passé. Il faisait observer en outre que la concession a pour but de soustraire les Municipalités aux aléas d'une exploitation directe et qu'on ne pouvait en altérer les conditions, le jour où son fonctionnement devenait onéreux pour le concessionnaire. Du reste la Compagnie, traitant en 1904, aurait dû prévoir la guerre, si non elle était en faute et coupable d'imprévoyance (1).

On assistait ainsi à un débat curieux : le concessionnaire s'inspirant des principes développés dans l'intérêt du service public, de sa marche continue et régulière, réclamait un traitement spécial que sa mission, d'un ordre si particulier, lui donnait le droit d'espérer.

Par une ironie des circonstances, l'administration se retranchait derrière le vieux droit civil et prétendait régler la situation comme s'il s'agissait de simples rapports de créancier à débiteur, et sans s'arrêter à la jurisprudence lentement élaborée et développée par le Conseil d'Etat pour assurer le fonctionnement sans à coups du service public.

En réalité, l'argumentation n'était pas convaincante : si la guerre avait pu et dû être prévue, ses conséquences ne pouvaient entrer dans les prévisions des parties. Le seul argument vraiment sérieux était celui-ci : La Ville a concédé

(1) La Ville opposait aussi une fin de non-recevoir basée sur ce que la demande de la Compagnie constituait une action en responsabilité contre la Ville, par suite, la compétence du Conseil de Préfecture se trouvait exclue. Ce moyen de procédure fut rejeté en limine de l'arrêt. Le Commissaire du Gouvernement l'avait auparavant écarté dans ses conclusions.

un service public, la Société qui a sollicité ces fonctions s'avère incapable de les remplir, faut-il pour cela que le pouvoir concédant soit obligé d'épauler son concessionnaire défaillant, alors que seul ce dernier a, antérieurement, profité des bénéfices de la concession ?

La distinction équitable et nécessaire de ce qui est normal et de ce qui est anormal, dont, nous l'avons déjà vu, la jurisprudence tend à faire un principe essentiel de l'interprétation des conventions, venait fournir au juge du contrat le moyen de trancher le litige.

L'arrêt était du reste précédé par les très remarquables conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Chardenet qui précisait à son tour, la nature du traité de concession et les précédents que trouvait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, la théorie de l'imprévision. Les mêmes principes devaient, selon lui, s'appliquer en matière points essentiels : 1° Le concessionnaire a le droit de continuer à exploiter la concession, tant qu'aucune faute grave ne peut lui être reprochée ; 2° Il faut que le service public soit assuré et pour cela un seul moyen pratique : obliger le concessionnaire à continuer d'assurer le fonctionnement du service, sauf à lui verser une indemnité.

La période des difficultés passée on reviendra à l'exécution normale du contrat. La partie la plus intéressante de ses conclusions était celle où il discutait la question de la répartition entre le concédant et le concessionnaire des conséquences onéreuses des charges ayant excédé les prévisions des parties. Dès l'origine, par conséquent, la responsabilité totale et exclusive du pouvoir concédant se trouvait écartée « le concédant aura à supporter les charges qu'exige le fonctionnement du service public, et qui excèdent le maximum de ce que l'on pouvait admettre comme prévision possible et raisonnable par une saine interprétation du contrat ».

Tout le développement ultérieur de la jurisprudence du Conseil d'Etat se trouvait enclôé dans ces quelques phrases.

Le Commissaire du Gouvernement concluait donc à l'annulation de l'arrêté du Conseil de Préfecture et au renvoi des parties devant le Conseil de Préfecture, pour fixation de l'indemnité par le juge, à défaut d'accord amiable entre les parties.

V. — Il ne restait plus à la haute juridiction administrative, qu'à dire le droit, c'est ce qu'elle fit par son arrêt du 30 Mars 1916 où, se conformant aux conclusions de M. Chardenet, elle instaura une jurisprudence bientôt devenue célèbre et définit en des formules qui se perpétuèrent dans ses arrêts ultérieurs le contrat de concession, la situation d'imprévision née de la guerre et précisa la répartition à faire entre concédant et concessionnaire « des conséquences onéreuses de cette situation de force majeure. » (1).

(1) Cf. Cet arrêt rapporté dans S. 1916-3-17 avec conclusions Chardenet et note Hauriou. Voici l'essentiel de cet arrêt. « Au fond, considérant qu'en principe, le contrat de concession règle, d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; que la variation des prix des matières premières, à raison des circonstances économiques, constitue un aléa du marché, qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a fait avant de s'engager.

Mais, considérant que par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer..., la hausse survenue, au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que, non seulement elle a un caractère exceptionnel, dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une aug-

EXAMEN CRITIQUE DE L'ARRÊT

a) *Sur la forme*

C'est un arrêt de principe, une décision reconnaissant le bien-fondé de la demande de l'un des plaideurs et renvoyant la décision définitive à plus tard au cas où la partie perdante ne s'exécuterait pas (1).

Quant au renvoi pour entente amiable, il se justifie égale-

mentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties, lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours de ces circonstances, l'économie du contrat se trouve complètement bouleversée ; que la Compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service, tant que durera la situation anormale. Considérant que si c'est à tort que la Compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe au contraire, de rechercher, pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la Compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale ; qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part que la Compagnie est tenue d'assurer le service concédé, et d'autre part, qu'elle doit supporter, seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ; qu'il y a lieu en conséquence, en annulant l'arrêt attaqué, de renvoyer les parties devant le Conseil de Préfecture, auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la Compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la Compagnie a droit, à raison des circonstances extra-contractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service pendant la période envisagée ».

(1) Cf. En droit civil la jurisprudence en matière d'astreintes.

ment : on laisse à la ville le choix entre le paiement d'une somme globale à forfait et un accord en vue du relèvement du prix du gaz. D'ordinaire le renvoi est prononcé, en matière de liquidation de dommages-intérêts devant le Ministre, sauf recours au Conseil d'Etat, ici c'est devant l'administration communale et en cas de désaccord devant le Conseil de Préfecture, juge du contrat. N'oublions pas en outre que seul le principe est tranché ; plus près de l'état de fait, le Conseil de Préfecture est bien qualifié pour y adapter le droit (1).

b) *Sur le fond.*

Il convient de remarquer que la situation au procès de la Compagnie demanderesse était plutôt favorable. Aucune faute ne pouvait lui être reprochée. D'autre part le cahier des charges consacrait le principe de la variabilité du prix du gaz en fonction des cours du charbon. L'article 3 disait ceci : « En cas de hausse du prix du charbon ou de diminution de consommation, les prix seront élevés dans la même proportion, mais ils ne pourront jamais dépasser 18 centimes, 17 centimes et 8 centimes. Il y avait là une difficulté parti-

(1) Cette procédure fut très critiquée, notamment par MM. Duguit et Jèze, au contraire MM. Hauriou et Barthélemy l'approuvèrent.

Le Conseil d'Etat n'est pas lié par les textes du Code de procédure civile, seuls les principes essentiels s'imposent à lui (ex : le principe de l'appel). Il existait du reste un précédent, rappelé par M. Barthélemy : c'est l'arrêt du 22 Novembre 1912 (Compagnie des Eaux de Rouen, Lebon, p. 1077) à la suite de l'annulation d'un arrêté du Conseil de Préfecture de Seine-Inférieure sur l'interprétation d'une concession d'eau, le renvoi devant la même juridiction pour décider de ce que devront être les conséquences pécuniaires de l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat, fut prononcé par le haut tribunal administratif.

Cf Sur la question : Duguit, *Revue politique et parlementaire*, 10 Mai 1916, p. 264 ; Jèze, *Revue de droit public*, Juin 1916, p. 288 ; Hauriou, *Revue politique et parlementaire*, 10 Juillet 1916, p. 40 ; Barthélemy, *Revue politique et parlementaire*, 10 Juillet 1917, p. 23.

culière à l'espèce. On pouvait prétendre que les parties avaient prévu et réglé le cas de hausse du charbon ; mais cette prévision se bornait au domaine du normal et le Conseil d'Etat dans son arrêt passa cette clause sous silence ; une interprétation stricte eut nécessité le rejet de la demande, solution évidemment inéquitable et un peu pharisaïque.

L'IMPRÉVISION DANS LA CONCESSION

Le grand principe admis par le Conseil d'Etat *c'est l'extension de la théorie de l'imprévision à l'interprétation du traité de concession.*

M. Chardenet avait écarté, à juste titre, les précédents, invoqués dans la consultation Boivin-Champeaux, où apparaissaient une faute du concessionnaire. L'innovation est donc là.

On a souvent prétendu que cette solution était *anti-juridique*, et violait les prescriptions de l'article 1134 du Code civil. On nous excusera de n'en rien croire (1). Les articles 1156 et 1135 du Code civil, le paragraphe 3 de l'article 1134 lui-même peuvent être invoqués à l'appui de la théorie de l'imprévision qui, nous le répétons, n'a pas à chercher sa justification dans le Code civil.

Cette *solution est au surplus équitable*. Il s'agit en effet de conventions dont le but dépasse la nature, ayant en vue l'intérêt général. Comme le disait au Sénat, le 7 Juin 1917, le Ministre du Ravitaillement, M. Violette : « Le gaz est un besoin primordial du point de vue de l'ordre public ». Ce qu'il faut donc assurer avant tout c'est l'exploitation régulière de la concession et l'on était ainsi entraîné, quelles que

(1) Nous reviendrons sur cette question lorsque nous comparerons la jurisprudence civile à propos de la force majeure avec la jurisprudence administrative de l'imprévision.

fussent ses conséquences pour les finances communales, à envisager la nécessité de rémunérer « l'activité du concessionnaire. » (1)

(1) M. Hauriou a démontré dans sa note au Sirey, que l'arrêt s'analyse en deux idées essentielles : 1° subordination du contrat à l'élément d'entreprise du service public et surtout, nécessité d'assurer le service. L'institution déborde les clauses du contrat. 2° limitation des risques et de la responsabilité de l'entrepreneur par la théorie de l'imprévision.

Il explique cette « jurisprudence latitudinaire » par le fait que la « vie administrative n'est pas montée au même diapason que la vie civile en ce qui concerne la responsabilité des risques » ; par le souci également, de ménager la clientèle de l'administration. Il estime enfin que l'on s'achemine vers la régie intéressée, vers un métayage où bénéfices et risques seront partagés.

CHAPITRE V

APRÈS L'ARRÊT DU 30 MARS 1916 SES CONSÉQUENCES

I. — *Conséquences à l'égard des concessionnaires*

C'était une victoire pour les concessionnaires. Au point de vue des rapports avec les villes, seul point sur lequel il pouvait statuer, le Conseil d'Etat avait fixé le principe d'un droit à indemnité et ouvert la porte à toutes les modalités possibles d'arrangement. Il y avait donc là une question de fait ou d'espèce ; selon le cas, on pouvait recourir à une augmentation temporaire du tarif de vente (1), à une remise de redevances, à la réduction de l'éclairage public, au sys-

(1) Le 6 Mai 1916 le Maire de Bordeaux signait avec la Compagnie une convention temporaire du prix du gaz. Un décret du Ministre de l'Intérieur l'approuvait le même jour. Cf. Saint-Marc, *op. citat.*

tème des avances remboursables, à l'octroi de subvention forfaitaire ou à la reconnaissance d'une garantie d'intérêt.

En cas de non accord, le juge fixera l'indemnité, mais sur quelles bases ? Devra-t-il tenir compte des bénéfices passés, de ceux réalisés par la vente de sous-produits ou par la vente de l'énergie électrique ? Le rôle des experts allait commencer, experts techniques et aussi experts comptables. Chaque espèce en effet devait être examinée. Mais dès le début l'opposition apparut entre ceux qui voulaient obtenir une indemnité totale (1), et ceux qui soutenaient qu'elle ne devait porter que sur le *damnum emergens*. Certains voulaient même qu'on tint compte de la durée de la concession (2). Il fallait donc ouvrir un compte d'attente et de compensation.

Le Conseil d'Etat dans son arrêt de principe s'était borné à dire qu'il convenait de tenir compte de « tous les faits de la cause ». Les arrêts ultérieurs allaient préciser sa pensée.

II. — Conséquences à l'égard des Villes

Le Conseil d'Etat, on l'a vu, leur laissait le choix du mode de compensation, sauf recours au Conseil de Préfecture. Les Conseils municipaux se trouvaient seuls compétents pour substituer à une indemnité en nature une autre combinaison, le juge administratif ne pouvant relever les tarifs, ce qui serait contraire à la nature juridique de la concession et excéderait les limites des pouvoirs du juge administratif. Remarquons, en effet, que le tarif de consommation de gaz n'est pas un prix débattu contractuellement mais bien un règlement, redisons le encore : un service concédé demeure un service public. L'on sait, d'autre part, que l'interprétation

(1) Cf. De la Taste, avocat du Syndicat professionnel de l'industrie du gaz.

(2) MM. Berthélemy et Desbats notamment.

d'un tarif doit être littérale ; l'autorité administrative, seule compétente pour organiser le service public, a seule qualité pour modifier unilatéralement le tarif.

Mais si le concessionnaire se montre rebelle à toute entente (1), la menace d'une résiliation pourra être efficace, mais il faudra en ce cas, tenir compte au concessionnaire de la part lui restant à amortir, soulte variable selon la durée de la concession. Il semble cependant que le concessionnaire refusant d'assurer le service, malgré les offres de secours du concédant, la déchéance dût être encourue à son préjudice, mais on sait que la jurisprudence du Conseil d'Etat est très hostile à cette mesure et qu'elle exige, pour qu'elle soit prononcée, une clause formelle la prévoyant dans le cahier des charges, clause naturellement non en usage (2).

III. — *Conséquences à l'égard des consommateurs de gaz*

L'arrêt est muet et il n'en pouvait être autrement. Pourtant les abonnés, titulaires de polices en cours devront payer immédiatement le relèvement de prix consenti par la Ville si celle-ci préfère ce mode de compensation à l'allocation d'une indemnité que les tribunaux administratifs pouvaient seulement envisager (3).

(1) A la fin de l'année 1917, sur 4.073 concessions d'éclairage, 2.928 n'avaient pas encore demandé de modifications. Dans 646 communes, une solution amiable était intervenue. 51 communes avaient déjà plaidé et 437 procès étaient encore en cours.

(2) Le grave inconvénient de la théorie de l'imprévision, c'est de ne pas être bilatérale. En concluant l'accord avec la Compagnie concessionnaire, le Maire de Bordeaux dans son rapport au Conseil municipal insistait sur la « contrainte » où se trouvait la ville et il envisageait un consortium de municipalités.

(3) Nous exposerons cette question des répercussions de l'imprévision sur les polices d'abonnement dans un chapitre spécial (C. Chapitre XI).

a) Attitude des Conseils de Préfecture (1)

Si quelques Conseils de Préfecture, s'obstinant à voir dans l'article 1134 un obstacle irréductible refusèrent d'abord de s'incliner, la majorité des juridictions administratives départementales s'engagea dans la voie frayée par le Conseil d'Etat.

b) Attitude de l'Administration

Deux documents officiels nous permettent d'apprécier la « réaction » de l'administration devant cette jurisprudence nouvelle, aux conséquences si importantes pour les finances communales.

Le premier est une circulaire du Ministre des Finances en date du 27 Juin 1916, qui s'incline devant l'arrêt du 30 Mars, tout en manifestant l'intention, louable à coup sûr, de sauvegarder l'intérêt du Trésor. Du reste la circulaire est relative aux marchés de fournitures de l'Etat et a pour but de remédier aux hésitations des administrations publiques sur la conduite à observer vis à vis de leurs fournisseurs. (Cf. cette instruction dans la Revue de droit public 1916, p. 716).

Bien plus intéressant pour notre matière est la circulaire du Ministre de l'Intérieur Malvy du 19 Août 1916.

Inspirée par la nécessité de défendre l'intérêt des communes, elle marque une résistance plus sensible à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le Ministre s'efforce de réduire

(1) Conseils de Préfecture des Alpes-Martimes (3 Juin 1916) ; des Basses-Pyrénées (19 Septembre 1916) ; de l'Hérault (8 Juillet 1916).

Conseils de Préfecture : du Loiret, 13 Mars 1916 ; de la Seine-Inférieure, 1^{er} Juillet 1916 ; de la Marne, 15 Juillet 1916 ; du Gers, 18 Juillet 1916 ; de la Charente, 1^{er} Août 1916 ; de la Corse, 1^{er} Septembre 1916 ; de l'Eure, 11 Novembre 1916. Cf. Conseil de Préfecture Seine, 21 Novembre 1916 ordonne expertise.

l'arrêt au rôle d'une décision d'espèce. Il insiste sur le fait que le calcul des conséquences de l'imprévision n'est possible qu'en fin de concession et invite les communes à résister aux prétentions de leurs concessionnaires, en s'adressant à « l'arbitrage judiciaire » et en recourant à la fixation par experts.

c) Propositions législatives

Le grand argument contre l'imprévision c'est son absence de réciprocité pour la commune qui, dans le jeu de la concession, perd à tous les coups. De là naquit un mouvement de protestation, mené par des députés-maires et dont la principale manifestation fut le dépôt de la proposition Delaroue-Violette, le 7 Juillet 1916 (1).

Les deux députés demandent que les communes puissent aussi invoquer l'imprévision pour réclamer la résiliation au cas de refus d'acceptation par le concessionnaire de l'intégralité des risques. La Ville renonçant au droit d'exiger la continuation du service, l'indemnité disparaîtrait. En pratique du reste, la menace suffirait pour rétablir l'équilibre. Cette action en résiliation devrait être exercée dans les 3 ans du jugement définitif qui aurait accordé une indemnité au concessionnaire.

C'était là une proposition très grave, aboutissant en somme à ruiner le concessionnaire. Elle n'eut aucune suite, ainsi qu'une proposition de loi de M. Delaroue, déposée en 1917 et tendant à instituer le principe de l'avance remboursable.

Le législateur qui avait dû intervenir dans le domaine civil par les moratoria dès le début de la guerre, plus tard par la Loi Faillot et par la législation sur les loyers de guerre, n'intervint pas en matière de concessions muni-

(1) Cf. Chambre, doc. Parlem. N° 2300 (1916).

pales. C'est au Conseil d'Etat que fut réservée la tâche d'adapter par une jurisprudence largement sociale le droit du service public à la réalité économique du moment. Les grandes concessions de chemins de fer, placées sous un régime contentieux différent, devaient nécessiter l'intervention législative, elle s'exerça dans le même sens que la jurisprudence du Conseil d'Etat à propos des charges extra-contractuelles.

CHAPITRE VI.

LE DÉVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LES CHARGES EXTRA-CONTRACTUELLES ET IMPRÉVISIBLES

I. EXPOSÉ CHRONOLOGIQUE

L'arrêt du 30 Mars 1916, nous le savons déjà, ne descendait pas dans l'application du principe posé. Après avoir affirmé la permanence du contrat de concession avec tous les risques qui, d'après la nature du contrat et l'intention des parties, constituent l'aléa ordinaire du marché, le Conseil d'Etat avait constaté une situation de fait ayant tous les caractères de la force majeure (1). Cette imprévision qui

(1) Le Conseil d'Etat s'exprimait en ces termes : « L'occupation par l'ennemi de la plus grande parties des régions du continent productrices de la houille, la guerre sous-marine avec ses caractères spéciaux, la réquisition des bateaux, l'augmentation considérable du prix du charbon qui en résulte et qui atteint une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession. »

portait sur le contrat tout entier dont elle bouleversait l'économie, avait pour conséquence que le concessionnaire ne pouvait plus être tenu d'exécuter le service aux seules conditions initialement prévues.

Mais qu'allait devenir le service public ? La continuité étant de son essence, il continuera à fonctionner et il sera assuré par le concessionnaire, titulaire d'un contrat de concession à long terme. Par contre, il était impossible de trouver dans l'arrêt du 30 Mars 1916 des indications explicites sur la fixation de l'indemnité à laquelle le concessionnaire avait droit, en raison des charges extra-contractuelles.

a). L'occasion allait être fournie au Conseil d'Etat de confirmer à diverses reprises pendant les deux années suivantes le principe qu'il venait de poser.

Bien que l'objet de la concession ne soit pas la fourniture du gaz, il convient de mentionner ici deux arrêts qui appliquent au cas de la concession du service public des transports, les directives dégagées par le Conseil d'Etat, à propos des concessions gazières et de la hausse des matières premières (S. 1917-3-33).

Le 20 Juillet 1917, le Conseil d'Etat rejetait en effet la demande de la Compagnie générale des automobiles postales, tendant au paiement de la différence existant au 31 Décembre 1915, entre le minimum de rétribution qui lui est garanti par l'article 3 du cahier des charges de son entreprise de dépêches dans Paris et les sommes à elles payées pour exécution du service normal depuis le 2 Août 1914.

Le 3 Août 1917, une demande de la Compagnie des Messageries maritimes, tendant à l'annulation de la décision par laquelle le sous-secrétaire d'Etat à la marine marchande avait déclaré que le décompte des sommes que la Compagnie prétendait lui être dues par l'Etat pour les trois derniers mois de la guerre n'était pas établi conformément à la Con-

vention du 2 Juillet 1911 et par suite, n'était pas susceptible d'ordonnement, subissait le même sort.

En effet, l'interruption momentanée des services prescrite par le ministre a été ordonnée « dans l'exercice de ses pouvoirs de police de la navigation ». En outre, les conditions de l'exploitation du service en temps de guerre étaient prévues par le cahier des charges. Mais le Conseil d'Etat reconnaît formellement que la « Compagnie requérante, si elle s'y croit fondée, peut présenter des demandes d'indemnités ou de compensations spéciales, à raison *des risques de guerre* et des conditions exceptionnelles imposées, par l'Etat, pour l'exécution de ses services (1) ».

Dans un arrêt du 8 Février 1918 (Société d'éclairage de Poissy), le Conseil d'Etat reprit les termes mêmes de son arrêt de principe du 30 Mars 1916. L'imprévision rentrait ainsi dans son domaine d'origine, puisqu'il s'agissait de la fourniture du gaz à un établissement pénitentiaire. L'idée du service public domine en effet dans les marchés de fournitures de l'Etat (2).

Le 13 Décembre 1918, le Conseil d'Etat annulait un arrêté en tant qu'il avait autorisé la Compagnie à relever provisionnellement le prix du m³ de gaz, ce qui était en dehors de la compétence du juge administratif. Il décidait en outre que la négociation d'un accord amiable entre le

(1) En réalité, dès qu'il y a influence de l'Etat sur l'aggravation des charges, la théorie de l'imprévision est presque inutile pour fonder un droit à l'indemnité.

Cf. d'autre part sur la voie contentieuse exclusivement ouverte au concessionnaire, le chapitre II de notre étude.

(2) Cf. Lebon 1918. 1^{er} cahier 122. Renvoi devant le Garde des Sceaux pour accord sur l'indemnité à raison des circonstances extra-contractuelles dans lesquelles la Compagnie a dû assurer la fourniture du gaz à la Maison Centrale de Poissy, depuis le moment de la hausse exceptionnelle du gaz jusqu'au 31 Décembre 1917.

concedant et le concessionnaire, constituait un acte de pure administration, conservatoire et urgent, que la délégation spéciale de la ville pouvait accomplir aux termes de l'article 44 de la loi municipale du 5 Avril 1884. (Cf. Lebon, p. 1135.)

Les arrêts du 21 Février 1919 (Gaz de Blaye et de Libourne) et du 28 Février 1919 (Gaz de Lagny et de Cholet) se maintenaient dans la même ligne et se servaient des mêmes formules. Il était toutefois spécifié dans les arrêts de Blaye et de Libourne « que les faits de cause » dont il doit être tenu compte pour la détermination de l'indemnité doivent être entendus très largement et qu'il y faut faire rentrer : « notamment la hausse des prix, tant de la matière première servant à la fabrication du gaz et de la main d'œuvre utilisée par cette fabrication, que des sous-produits vendus par la Compagnie ». (Cf. Lebon, pages 186 et 211.)

Le Commissaire du Gouvernement avait même soutenu que la durée de la concession pouvait également être prise en considération dans le calcul de l'indemnité. Ces arrêts en tous cas, réfrénaient les prétentions excessives des concessionnaires à être indemnisés, dès que le prix limite aurait été dépassé, sans avoir à fournir aucune autre preuve de préjudice ni même à tenir compte de plus-values résultant de la vente des sous-produits à des prix majorés.

b). Le Conseil d'Etat précise sa jurisprudence. — L'arrêt du 26 Avril 1919 (1) (Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz contre la ville d'Auxerre) apporta le premier quelques précisions. Pour la première fois, le Conseil d'Etat recherchait sur quelles bases devait être déterminé le droit à indemnité du concessionnaire. La mission des experts était fixée et précisée formellement (2).

(1) Cf. Conclusions Riboulet. Voir dans D. P. 1920, p. 225.

(2) « Rechercher de concert avec les deux parties toutes les

Il résulte donc de cet arrêt que la période anormale doit être limitée dans le temps et que seuls les faits de la période litigieuse doivent entrer en ligne de compte. L'indemnité doit être calculée sur les *pertes* subies et on ne doit compter les pertes qu'en faisant état de la hausse du charbon au-dessus du prix limite, après quoi une ventilation aura lieu entre la Ville et la Compagnie.

L'arrêt du 23 Mai 1919 (Gaz de Pézenas) (1) confirmait peu après ces principes. Il s'agissait là, remarquons le, d'une énumération purement énonciative des indices, le Conseil d'Etat précisait un certain nombre de points à élucider sans limiter l'étendue des recherches du Conseil de Préfecture : « ainsi que de toutes autres circonstances ayant pu influencer sur les résultats de l'exploitation pendant les périodes considérées (2) ».

Peu à peu, on le voit, se précisaient les directives sur

solutions propres à les mettre d'accord, au cas où les parties ne parviendraient pas à réaliser cet accord, déterminer si la Compagnie a droit à une indemnité à raison des conditions dans lesquelles elle a dû assurer le service depuis le 1^{er} Janvier 1915, jusqu'au jour de l'expertise ; dans l'affirmative, estimer le montant de cette indemnité ; à ces fins, arbitrer en faisant état de toutes les circonstances de la cause, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure résultant de l'état de guerre, que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à la charge de la Compagnie ; rechercher notamment quel a été le prix maximum qui a pu entrer dans la prévision des parties lors de la passation du contrat, évaluer les pertes subies en tenant compte à la fois de la hausse du charbon au-delà de ladite limite et du relèvement du prix du coke et des sous-produits, ainsi que de toutes autres circonstances ayant pu influencer sur les résultats de l'exploitation pendant la période considérée ».

(1) Cf. Revue générale de l'Administration, Mars-Avril 1921, page 181.

(2) Le Conseil d'Etat, dans cette affaire condamna sans renvoi la Compagnie à des dommages-intérêts dont il fixa le quantum pour avoir cessé le service ; mais il se refusa à suivre le Conseil de Préfecture qui avait, en condamnant la Compagnie à une astreinte, créé une clause pénale en dehors du contrat.

les détails d'application du principe dégagé le 30 Mars 1916.

C'est l'arrêt du 27 Juin 1919 (Société du Gaz et de l'Électricité de Nice contre la Ville de Nice) qui le premier traduisit la pensée du Conseil d'Etat par une formule se différenciant quelque peu de celle des arrêts antérieurs. Le Conseil de Préfecture recherchera quel a été le prix maximum du charbon qui a pu entrer dans les prévisions des parties lors de la passation du contrat, 2° déterminera, au cas où cette limite aura été dépassée, si la société a droit à une indemnité à raison des circonstances extra-contractuelles dans lesquelles elle a dû assurer son service, à partir du jour où ce prix a été dépassé, et dans l'affirmative, il estimera le montant de la dite indemnité.

« Pour fixer cette indemnité, il évaluera le préjudice subi en tenant compte notamment du prix, du charbon et des autres matières premières, ainsi que du coût de la main d'œuvre, de la diminution éventuelle du rendement du charbon en gaz et en coke, en raison de sa mauvaise qualité, de l'importance des frais généraux et inversement du prix du coke et des autres sous-produits ; d'une manière générale il fera état de toutes les circonstances ayant pu influencer sur les résultats de l'exploitation effectuée par la Société pendant la période considérée; tant pour l'éclairage électrique que pour l'éclairage au gaz ; il arbitrera enfin en appréciant tous les faits de la cause, pendant la période litigieuse, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus relatée, que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à la charge de la Société (1) ».

(1) Cf. R. D. P. 1920, p. 255 ; C. S. 1920 III, p. 25, avec les conclusions Riboulet, fort importantes et la note de M. Hauriou. Voir aussi D. 1919-3-25.

Conclusions du C^{re} du Gouvernement Riboulet.

« Dans les concessions d'éclairage par le gaz, il est une éven-

c). Deux principes se dégagent en effet de cet arrêt :

1° La possibilité du droit à indemnité naît uniquement de la hausse exceptionnelle du charbon.

Sans doute la jurisprudence pourra se développer sur ce point, mais en principe seule la hausse du charbon déclanche le droit à indemnité et, alors seulement, les éléments secondaires d'appréciation entrent en ligne de compte.

2° Dans l'appréciation des conséquences onéreuses, le juge ne devra jamais perdre de vue qu'il s'agit de faire face à une situation extra-contractuelle et temporaire.

a). *Extra-contractuelle*. Le juge ne refait pas le contrat, il fait face à une situation extra-contractuelle, en se plaçant

tualité économique de nature à bouleverser le contrat : une hausse extraordinaire du charbon, parce que le charbon est la matière première unique pouvant servir à la fabrication du gaz, et que si le prix du charbon s'accroît dans des proportions démesurées, c'est la vitalité même de la concession qui est atteinte dans des conditions manifestement contraires à la prévision des intéressés ; que d'autres matières servant accessoirement à produire le gaz — et nous répondons ici à toute une argumentation de pourvoi — viennent à augmenter de prix dans des proportions considérables ; que les salaires des ouvriers atteignent, du fait de la guerre, un taux anormal ; que le charbon lui-même soit d'un rendement moindre, — ce sont là des éléments d'exploitation secondaire qui, en l'état de la situation générale économique qui a engendré les procès que vous jugez, ne touchent point au principe de vie de la concession. Et fussent-ils exceptionnels et imprévus, ils ne seront pas de nature, — en l'état du moins de votre jurisprudence actuelle, — à donner naissance à un droit à indemnité, dont le seul générateur réside, quant à présent, dans la hausse exceptionnelle du prix du charbon.

Mais, par contre, ces éléments secondaires d'exploitation, dès que la hausse du charbon aura déclenché le droit éventuel à indemnité, ils pourront et devront entrer en ligne de compte dans le calcul de la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure que les Compagnies doivent supporter ; car la situation de force majeure dont le juge aura reconnu l'existence, a engendré une exploitation temporaire anormale qui doit être solutionnée, compte tenu de « toutes les circonstances extra-contractuelles dans lesquelles la Compagnie a ou a dû exploiter durant la période de guerre ». — S. 1920-III, p. 25.

endehors du contrat. Il puise dans la nécessité d'assurer la continuité du service public, le droit de parer aux insuffisances brusquement révélées du contrat.

b). *Temporaire*. Le juge apporte au concessionnaire l'aide indispensable pour lui permettre de franchir une période difficile. Cette aide est justifiée, elle apparaît comme la compensation du pouvoir de coercition de l'autorité concédante qui peut contraindre le concessionnaire à continuer d'assurer le service public. Le secours financier se bornera d'autre part à la seule période pendant laquelle le fait de force majeure aura fait sentir ses conséquences onéreuses.

De ces deux caractéristiques, deux conséquences découlaient directement.

1° Il faut localiser dans le temps, cette situation extra-contractuelle et temporaire.

La ligne de démarcation entre la situation contractuelle et la situation extra-contractuelle sera déterminée par « *la limite extrême des variations du prix du charbon pouvant avoir été prévues par les parties* ». Au-delà naît, avec l'aléa exceptionnel, la possibilité d'un droit à indemnité.

2° Il faudra localiser cette situation dans les éléments qui devraient servir à la résoudre : il conviendra donc d'écarter les bénéfices passés ou futurs possibles, aléas normaux et étrangers à cette période extra-contractuelle durant laquelle le contrat est en quelque sorte suspendu.

Par contre, durant cette période transitoire, tous les éléments d'exploitation doivent entrer en ligne de compte : c'est ainsi que si la société fournit à la fois le gaz et l'électricité, et, au cas où ces exploitations forment un tout indivisible, au point de vue de l'exploitation et de la gestion financière, on devra retenir dans la ventilation les bénéfices réalisés par la société sur son exploitation électrique, mais durant la période extra-contractuelle seulement.

C'est là évidemment une brèche ouverte par le Conseil d'Etat dans sa doctrine de la situation extra-contractuelle ; par une première concession, il admettait une interpénétration réciproque du contrat et de la situation extra-contractuelle, en la limitant, il est vrai, à la seule période de temps de la situation extra-contractuelle. En effet, durant cette période, le Conseil d'Etat faisait compenser le déficit de l'exploitation du gaz par les bénéfices de l'éclairage électrique, mêlant de la sorte à un dommage extra-contractuel des bénéfices en principe contractuels. (Bien qu'une plus-value due à la guerre fut peut-être venue accroître les bénéfices normaux de l'exploitation électrique.)

Aussi on comprend mal que la jurisprudence s'arrête en chemin et se refuse à compenser les pertes subies avec les bénéfices passés et futurs. La convention ne pouvant plus régir les rapports des parties, dans ces conditions le principe de l'imprévision ne doit-il pas recevoir une application bilatérale ? Il semblait équitable que compte fût tenu de la durée de la concession pour faire jouer l'imprévision bilatérale sur toute cette durée et aussi que le système — néfaste pour les communes et pour le public, — des indemnités définitives fut remplacé par celui des indemnités provisoires avec règlement définitif à la fin de la concession.

La théorie de l'imprévision, bonne pour un temps apparaissait en effet comme ne pouvant pas résoudre une situation qui tendait à se perpétuer. Il fallait trouver autre chose, si l'on ne voulait pas aboutir à transformer les concessions de services publics en régies intéressées dans lesquelles les aléas du concessionnaire seraient réduits à zéro et où il jouirait d'une véritable garantie d'intérêts, créée à son profit par le juge.

En durant au surplus, la théorie de l'imprévision instaurait un régime que les contractants n'avaient pas voulu établir.

Cependant les arrêts ultérieurs allaient pendant deux ans

se borner à reprendre les mêmes formules et à appliquer avec des nuances diverses et quelques précisions nouvelles les principes que l'arrêt de Nicé venait de mettre au point.

II. EXPOSÉ MÉTHODIQUE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT APRÈS L'ARRÊT DE NICE (1919 - 1921)

Il serait véritablement fastidieux d'énumérer les arrêts dans leur suite chronologique et d'examiner à propos de chacun d'eux, les questions posées et les solutions que le Conseil d'État y a apportées ; il nous a paru préférable de présenter une synthèse méthodique des résultats auxquels a abouti la jurisprudence.

Quels sont donc les principes directeurs dégagés par le Conseil d'État ?

I. — *Continuation du service par le concessionnaire.*

Le concessionnaire doit continuer son service, toutes les fois qu'il n'est pas dans l'impossibilité matérielle et absolue

D) Liste des arrêts postérieurs :

Tarbes, 5 Juillet 1919 ; Toulon, 25 Juillet 1919 ; Sens, Melun, 25 Juillet 1919 ; Ville de La Seyne, 25 Juillet 1919 ; Sens, Melun, Vendôme, 12 Décembre 1919 ; Châtillon-sur-Seine et Nîmes, 19 Décembre 1919 ; Montreuil-sous-Bois et Cette, 16 Janvier 1920 ; Limoges, Montmorillon et Niort, 23 Janvier 1920 ; Loudun, 30 Janvier 1920 ; Saint-Pons et Philippeville, 20 Février 1920 ; Lavalet-Villemoble, 27 Février 1920 ; Automobiles Postales, Caudebec-les-Elbeuf, 12 Mars 1920 ; Les Martigues, 19 Mars 1920 ; Agen, Argenten, Saumur, Saint-Amand, 26 Mars 1920 ; Bayonne, Darnetal, 30 Avril 1920 ; Bône, Oannes, Neuilly-sur-Marne, 21 Mai 1920 ; Saint-Malô, 18 Juin 1920 ; Alençon, 2 Juillet 1920 ; Alger, 9 Juillet 1920 ; Fréjus, Saint-Raphaël, 19 Novembre 1920 ; Grandville, 26 Novembre 1920 ; Menton, 4 Décembre 1920 ; Trouville, 7 Janvier 1921 (2 arrêts). — Fougères, Roquebrune, Cap Martin, 4 Février 1921 ; Castelnaudary et Port-Vendre, 18 Février 1921 ; Oran, 25 Février 1921 ; Dman, 13 Mai 1921 ; Chatelleraut, 3 Juin 1921 ; Blida, 10 Juin 1921 ; Valence, 15 Juillet 1921 ; Aire-sur-l'Adour, 22 Juillet 1921 ; Luxeuil, Melun, 28 Octobre 1921 ; Commune du Cannet, 30 Décembre 1921.

de le faire. S'il cesse d'assurer son service sans y être contraint par l'absence complète de ressources et d'approvisionnement, ainsi que par le refus de toute aide émanant du pouvoir concédant, il devra des dommages intérêts. La déchéance pourrait même être prononcée dans les cas présentant une réelle gravité et si la mauvaise volonté du concessionnaire apparaissait (1). En tous cas la continuation du service en régie est possible, mais le temps de l'exploitation en régie sera compris dans la période extra-contractuelle pour laquelle la commune doit indemnité au concessionnaire. (Cf. Bayonne, 30 Avril 1920.)

II. — *Cas dans lesquels il y a lieu à indemnité* (2)

Il n'y a lieu à indemnité au profit du concessionnaire, que si la hausse du prix du charbon a dépassé la limite extrême de ce qu'il était possible de prévoir au moment de la conclusion du contrat. Le concessionnaire ne saurait donc exciper d'une imprévision, mais seulement de l'imprévisibilité (3).

Mais comment déterminera-t-on le prix maximum du charbon qui a pu entrer dans les prévisions des parties ?

A l'aide de statistiques. Le tableau des prix payés dans la région pour une tonne de charbon pendant 10 ou 20 ans avant la signature du traité, permet de relever le prix normal moyen pratiqué et l'écart entre les prix extrêmes. L'addition de ces deux éléments permet de déduire un prix de charbon qu'on peut considérer comme la limite extrême que les parties pouvaient envisager en concluant le contrat. Ce prix

(1) Pézenas, 21 Avril 1919 ; Bellegarde, 30 Janvier 1920 ; Saint-Pons, 20 Février 1920 ; Bayonne, 30 Avril 1920. A noter l'indulgence manifestée par le Conseil d'Etat devant les manquements des concessionnaires à leurs obligations (C. St-Pons).

(2) Cf. Nice, 25 Juin 1919 et implicitement tous les arrêts ultérieurs.

(3) Cette importante distinction fut mise en lumière par M. le Professeur Emmanuel Lévy.

limite oscille, selon les régions, entre 30 et 40 francs la tonne.

III. — *Éléments à envisager pour le calcul de l'indemnité ou du relèvement de tarifs.*

Rappelons que deux arrêts du 21 Février 1919 (Blaye et Libourne) avaient déclaré que « les faits de la cause » dont il convenait de tenir compte pour le calcul de l'indemnité étaient des plus larges, et s'entendaient « notamment de la hausse des prix, tant de la matière première servant à la fabrication, que des sous-produits vendus par la compagnie ».

Les arrêts ultérieurs apportèrent de nouvelles précisions. Il doit être tenu compte de toutes les circonstances ayant pu influencer sur les résultats de l'exploitation. Citons à titre d'exemples :

a) Le mauvais entretien des installations imputable au concessionnaire et qui a pu augmenter son prix de revient. (Saint-Pons, 20 Février 1920.)

b) La réduction et la suppression de l'éclairage public. (Philippeville, 20 Février 1920. — Compiègne, Bône, Creil, 2 Mai 1920.)

c) L'emploi par une Compagnie Gazière de matières premières autres que le charbon, au cas où cette distillation ne serait pas de nature à détériorer l'outillage. (Philippeville, 20 Février 1920 ; Bône, 14 Mai 1920.)

d) La diminution du rendement du charbon en gaz et en coke, en raison de sa mauvaise qualité et l'importance des frais généraux. (18 Février 1921, Port-Vendres ; Aire-sur-l'Adour, 22 Juillet 1921.)

e) Le prix du coke et des autres sous-produits de l'exploitation. (25 Février 1921. Commune de Saint-Eugène.)

IV. — *Répartition des conséquences onéreuses entre le concédant et le concessionnaire.*

Ces conséquences doivent se répartir raisonnablement et équitablement entre les parties. La part des conséquences onéreuses à laisser à la charge du concessionnaire ne peut, en tous cas, être fixée forfaitairement à la moitié. Un arrêt du 16 Janvier 1920 (Cette) déclare à cet égard « que c'est à tort que le Conseil de Préfecture a décidé, en l'absence de toute faute imputable à l'une des parties contractantes, que chacune d'elles devait supporter par moitié les conséquences de force majeure ».

Comment faut-il donc procéder ? Le même arrêt précise le principe suivant lequel doit être recherchée la répartition à intervenir : « Il y a lieu pour le juge de rechercher, par l'examen de l'ensemble des dispositions des traités passés entre la ville et la société, et des avantages résultant pour le concessionnaire de leur exécution, dans quelle mesure, il convient, par une interprétation raisonnable du contrat, de faire supporter par ladite société une partie des conséquences onéreuses de la situation extra-contractuelle, au cours de laquelle elle a été tenue d'assurer la continuité du service ».

On admet de façon générale qu'une répartition faisant supporter moins d'un quart au concessionnaire peut être adoptée toutes les fois que le contrat est considéré comme lui étant avantageux ; la proportion peut être réduite lorsque « l'interprétation raisonnable du contrat » le montre moins favorable au concessionnaire, au point de devenir nulle quand le contrat se borne à assurer tant bien que mal l'équilibre de l'entreprise.

(1) A partir du 12 Décembre 1919 (Melun, Sens, Châtillon) le Conseil d'Etat a supprimé dans la formule de la mission des experts les mots : « Pendant la période litigieuse ». De la sorte, l'arbitrage de répartition s'opère, à l'inverse de l'évaluation du

V. — *Avenants intervenus au cours de la crise économique.*

Assez souvent les communes ont passé, au cours de la guerre, des avenants au contrat primitif, précisément pour tenir compte aux concessionnaires des charges imprévues nées des circonstances économiques du moment. Le Conseil d'Etat a jugé, maintes reprises, que de tels accords, même conclus au cours de la crise économique, ne constituent pas un obstacle décisif à de nouvelles demandes d'indemnité de la part du concessionnaire. Ces accords ne lient en effet les parties que dans la mesure où l'amplitude de la hausse pouvait être escomptée à l'époque où ils ont été réalisés. L'imprévision apparaît donc comme un phénomène à paliers.

Cette solution résulte notamment d'un arrêt du 23 Janvier

préjudice enfermée dans la période de l'aléa exceptionnel, en appréciant tous les faits de la cause ; c'est donc l'exécution de la concession dans son ensemble, même en temps normal, ou d'après les prévisions possibles des chances de résultats, après le retour à des conditions d'exploitation favorables, qui doit servir de base à la détermination de la proportion, suivant laquelle le préjudice doit être supporté respectivement par le concédant et par le concessionnaire.

On est donc en droit de penser qu'en définitive, la part du préjudice que le Conseil d'Etat laissera à la charge du concessionnaire dépendra de l'appréciation du caractère de bonne ou de mauvaise affaire, que les résultats connus de l'exploitation antérieure ou les possibilités de résultats fructueux dans l'avenir lui permettront d'assigner à la concession. — (Cf. les conclusions de M. Corneille dans l'arrêt de Cette, 16 Janvier 1920 ; Cf. aussi l'arrêt de Montreuil-sous-Bois (16 Janvier 1920) qui consacre nettement la discrimination des éléments de l'appréciation du droit à l'indemnité, par opposition à ceux de la détermination des bases de la répartition. « Si pour évaluer le préjudice résultant de la situation anormale créée par la guerre, il ne peut être tenu compte des bénéfices déjà réalisés par le concessionnaire et de ceux qui auraient été réservés pour faire face aux besoins futurs de l'exploitation, il y a lieu, pour arbitrer la part des conséquences onéreuses de la hausse des charbons que la société devra supporter, de faire état, d'une manière générale, de tous les faits de la cause, de nature à influencer sur les conditions d'exploitation de la concession ».

1920. « Considérant que si un accord a été conclu en vue de permettre la continuation du service public de l'éclairage pendant la guerre, il n'a pu tenir compte de l'accroissement du prix du charbon dans l'avenir, que dans la mesure où l'amplitude de la hausse pouvait être escomptée à l'époque où il a été réalisé ; que les difficultés économiques (à raison des circonstances dans lesquelles les hostilités et notamment la guerre sous-marine se sont développées par la suite) ont continué à augmenter dans des conditions excédant manifestement la limite extrême que les contractants pouvaient, dans leurs prévisions communes, raisonnablement envisager à ladite époque ; que c'est donc avec raison que le Conseil de Préfecture a estimé qu'il y avait lieu d'examiner, nonobstant l'accord intervenu, si, et dans quelle mesure, la Compagnie pourrait avoir droit à indemnité ».

(Cf. Montmorillon 23 Janvier 1920 ; Chatellerault 3 Juin 1921 ; Cannet 30 Décembre 1921.)

La même solution est appliquée lorsque les cahiers des charges contiennent une clause faisant varier les tarifs à percevoir sur les usagers, en fonction de l'élévation du prix du charbon. Cette clause ne joue que jusqu'au prix limite que les parties ont pu prévoir lors de la conclusion du contrat ; cette limite une fois dépassée, la théorie de l'imprévision doit recevoir application (1).

Il en est de même également des clauses de revision des tarifs, elles ne sont écrites que pour les conditions économiques normales ; elles ne s'appliquent pas dans les circonstances exceptionnelles et imprévisibles.

(1) De même les clauses prévoyant une modification au régime normal sont interprétées restrictivement : (Cf. Trouville 7 Janvier 1921).

Il s'agissait d'une clause prévoyant la guerre avec l'Angleterre. Elle fut déclarée inapplicable.

(Cf. 23 Janvier 1920. Limoges 12 Mars 1920. Automobiles postales.)

VI. — *Bénéfices réalisés et réserves constituées par le concessionnaire avant la crise économique.*

L'indemnité due au concessionnaire peut-elle être diminuée ou réduite à néant du fait que celui-ci, avant la crise économique, a constitué des réserves lui permettant de traverser, sans risquer de sombrer, la période difficile qui a suivi la guerre, ou encore du fait qu'il pourra combler ses pertes actuelles au moyen de bénéfices qu'il pourra réaliser dans l'avenir d'après les prévisions les plus raisonnables ?

Dans une circulaire du 19 Août 1916, à laquelle nous avons fait allusion dans le chapitre précédent, le Ministre de l'Intérieur avait adopté cette thèse et il avait suggéré aux communes de faire état au passif de leurs concessionnaires des bénéfices réalisés dans la période antérieure et de ceux espérés dans l'avenir.

Un certain nombre de Conseils de Préfecture avaient également admis la même idée. Mais le Conseil d'Etat a condamné cette conception en des termes très nets, on se souvient en effet de la formule employée dans l'arrêt du 25 Juin 1919 (Gaz de Nice). Les arrêts ultérieurs la reprirent sans aucune modification et décidèrent à nouveau : « Qu'il ne peut être établi de compensation entre les bénéfices réalisés par le concessionnaire avant la période exceptionnelle, et les pertes que la guerre lui a fait éprouver ; qu'en effet, le concessionnaire qui assure seul, à l'exclusion de l'autorité concédante, les risques financiers du service public et qui doit supporter en totalité le déficit, s'il se produit en temps normal, est fondé inversement à conserver à titre définitif les bénéfices réalisés dans les mêmes conditions, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les bénéfices déjà répartis et ceux qui auraient été réservés pour faire face aux besoins futurs de

l'exploitation ; que pour le même motif, il n'y a pas lieu davantage de tenir compte des perspectives d'avenir que peut comporter la concession en dehors de la période envisagée (1).

Dans le même ordre d'idées, il n'y a pas lieu non plus de tenir compte des recettes et des dépenses des entreprises exploitées par la même société dans d'autres villes que celle au regard de laquelle est formulée la demande d'indemnité. (Cf. arrêt 19 Décembre 1919. Nîmes.)

A diverses reprises des tentatives de distinction entre la fourniture du gaz destiné à l'éclairage public et celui destiné à l'éclairage privé se sont fait jour ; mais le Conseil d'Etat a estimé que le bilan à établir ne doit pas être limité aux seuls résultats de l'exploitation concernant les fournitures faites à la ville, car c'est l'ensemble des fournitures qui constitue le service public concédé. (Cf. 30 Janvier 1920; Philippeville, 20 Février 1920; Bône, 14 Mai 1920; Constantine, 25 Juillet 1920.)

VII. — *Avantages réalisés par le concessionnaire au cours de la période critique envisagée.*

L'arrêt du 25 Juin 1919 (Nice) avait posé le principe de l'interpénétration réciproque du contrat et de la situation extra-contractuelle, pendant la période exceptionnelle.

De nombreux arrêts vinrent décider par la suite qu'il doit être tenu compte, en compensation de l'indemnité réclamée par le concessionnaire, de tous les avantages qu'il a pu retirer de son contrat pendant la période critique à l'occasion de laquelle il demande cette indemnité. (Cette 16 Janvier 1920.)

(1) 5 Juillet 1919, Tarbes ; 25 Juillet 1919, Toulon, La Seyne, Constantine ; 12 Décembre 1919, Sens, Vendôme ; 14 Mai 1920, Bône ; 18 Juin 1920, Saint-Malo ; 2 Juillet 1920, Alençon ; 23 Juillet 1920, Château-Gontier ; 10 Novembre 1920, Fréjus ; 4 Février 1921, Fougères ; 13 Mai 1921, Dinan.

Il en est ainsi notamment, pour l'exploitation parallèle d'autres concessions, par exemple l'électricité (1).

Pour la vente des sous-produits (Cf. Castelnaudary, 8 février 1921, etc.), pour les facilités accordées au concessionnaire soit par la réduction du service public d'éclairage, soit par l'autorisation d'employer des procédés de fabrication exclus par le cahier des charges (2), soit par l'allocation d'avances ou bien de fournitures, etc...

Il doit enfin être tenu compte des fautes ou actes de mauvaise administration du concessionnaire, ayant diminué ses recettes ou augmenté ses dépenses. (20 Février 1920, Saint-Pons ; 28 Octobre 1921, Melun.)

Appendice.

Cette jurisprudence, née à l'occasion des concessions gazières, doit également être étendue aux autres concessions accordées en vue de la gestion d'un service public, par exemple aux concessions de distribution d'énergie électrique.

Un arrêt du 12 Mars 1920 que nous avons mentionné à sa date, a en effet tranché la question dans une espèce relative à la concession du service de transport des dépêches par la Compagnie Générale des Automobiles postales.

La hausse dans le prix du charbon ne peut jouer ici son rôle primordial, mais il y a lieu à indemnité au profit du concessionnaire lorsque la hausse dans le prix de la main-d'œuvre et des matières premières s'est trouvée atteindre une proportion telle, que dans une mesure déjouant tous les

(1) Montreuil-sous-Bois, 16 Janvier 1920 ; Saint-Amand, 26 Mars 1920 ; Château-Gontier, 23 Juillet 1920 ; Fréjus, 14 Novembre 1920 ; Trouville, 7 Janvier 1921 ; Saint-Eugène, 25 Février 1921. En cas de cession par le concessionnaire de ses droits à l'exploitation de l'électricité moyennant redevance, celle-ci est portée au bilan (14 Mai 1920, Compiègne).

(2) Margny-les-Compiègne, 14 Mai 1920 ; Saint-Raphaël, 19 Novembre 1920.

calculs, elle dépasse certainement les limites extrêmes des majorations de dépenses qu'avaient pu envisager les parties lors de la passation du contrat, et aussi lorsque les perturbations apportées par la mobilisation et la guerre, ont diminué, dans une mesure qu'il était impossible d'avoir prévue, les recettes sur lesquelles le concessionnaire a pu légitimement compter.

On le voit, la notion de l'équilibre financier de la concession prend ici tout son sens et toute son importance, mais, sous une forme un peu différente de celle employée à propos des concessions gazières, c'est la même idée qui apparaît.

• CHAPITRE VII

COMMENT LA QUESTION DE L'IMPRÉVISION FUT RÉSOLUE EN ALSACE-LORRAINE

L'objet de cette étude est, nous l'avons dit, l'exposé de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui s'est instituée à propos des charges extra-contractuelles ayant grevé, en premier lieu, les concessions gazières. Il nous a paru pourtant intéressant de rappeler comment la même question, posée dans les faits avec la même brutalité, fut résolue en Alsace-Lorraine.

On sait que les territoires d'Alsace-Lorraine restèrent soumis après l'armistice, à la législation en vigueur avant leur réintégration dans la nation française, c'est-à-dire à la législation allemande.

La hausse du charbon s'était fait également sentir en Alsace et, en 1919, le procès intenté par la Compagnie du Gaz de Mulhouse contre la ville de Mulhouse vint obliger

les juges locaux à donner une solution au grave problème de l'imprévision dans les concessions de services publics.

Tout d'abord, quel était le juge compétent ? Ce ne pouvait être que le Tribunal régional, investi de la plénitude de juridiction, en vertu de l'article 8, de la loi du 4 Novembre 1878, relative à l'exécution de la loi sur l'organisation judiciaire, qui a dessaisi, en Alsace-Lorraine les tribunaux administratifs au profit des tribunaux judiciaires.

On pouvait craindre par la suite que la conception un peu étroite de la force majeure, et de l'interpénétration littérale du traité de concession considéré uniquement comme un contrat, ne s'imposât à des magistrats, de formation civiliste. Il faut rendre cette justice au Tribunal régional de Mulhouse et au Tribunal supérieur de Colmar qu'ils sûrent appliquer la « loi du service public ».

I. — Par son jugement du 18 Décembre 1919, le Tribunal régional proclama, qu'à la différence des contrats de droit commun civils ou commerciaux, un contrat de concession de service public ne peut, quoi qu'il arrive, être résilié ou suspendu, car l'intérêt général exige la continuation du service avec tous les moyens dont dispose le concessionnaire.

Lorsque ces moyens deviennent absolument insuffisants, par suite des circonstances exceptionnelles qui ont dépassé les limites extrêmes des prévisions au moment du contrat, il devient nécessaire d'assurer la continuité du service concédé par des mesures temporaires appropriées, dans l'espèce, par l'allocation d'une indemnité à la Compagnie de gaz qui a dû assurer son service dans des conditions extra-contractuelles.

Le changement fondamental que l'état de guerre a apporté à toutes les conditions économiques qui avaient formé la base du contrat d'avant guerre a pour conséquence nécessaire le

droit pour les parties de demander les modifications au contrat que commande l'équité.

Le tribunal retint également que la logique exigeait qu'un traitement analogue à celui réservé aux concessions de services publics en France fût appliqué en Alsace, ce qui n'était peut-être pas très juridique, mais abstraction faite de considérations de détail, étrangères à la substance même du litige, la juridiction alsacienne de premier ressort avait fait une application assez judicieuse des principes développés par le Conseil d'Etat.

II. — *L'arrêt du Tribunal Supérieur :*

Le 15 Juin 1920, le Tribunal Supérieur de Colmar modifiait *parte inqua* le jugement du Tribunal de Mulhouse.

Il limitait avec raison l'indemnité à la période pendant laquelle la Compagnie avait effectivement exploité et subi des charges extra-contractuelles.

La doctrine de l'arrêt apparaît, cependant, comme un peu flottante ; en effet le Tribunal Supérieur proclame tout d'abord la compétence exclusive de la juridiction administrative, en vertu de la règle de la séparation des pouvoirs. Aussitôt après, nous le voyons raisonner sur le traité de concession comme s'il s'agissait d'un contrat de droit civil et déclarer que la loi Faillot lui est applicable. Enfin il reconnaît qu'à défaut de loi précise, c'est au « droit civil interprété selon l'équité par un usage constant », qu'il convient de recourir, ce qui le conduit à faire application de la jurisprudence du Conseil d'Etat dont il invoque l'arrêt du 8 Février 1918 (relatif à un marché de fournitures de l'Etat). Si l'on ajoute que le Tribunal Supérieur fait également appel à l'arrêté du Conseil Fédéral allemand du 1^{er} Février 1919, relatif au changement fondamental apporté par l'état de guerre dans les contrats, pour justifier sa décision, on demeure dans l'admiration que des considérations aussi

diverses aient pu aboutir à une solution logique et équitable !

En ce qui concerne pourtant l'attribution d'une indemnité définitive au concessionnaire, de sérieuses réserves sont à faire. Comment en effet fut calculé le préjudice subi par la Compagnie, et dans quelle mesure fût-il tenu compte de ces « faits de la cause. » dont le Conseil d'Etat proclame qu'ils doivent être entendus largement et entrer en ligne de compte dans l'évaluation de l'indemnité due pour la continuation du service durant la période extra-contractuelle ? Les termes trop peu explicites des deux décisions laissent pourtant présumer que, là encore, ce fut l'intérêt des finances communales qui fut le plus mal protégé.

De cette brève diversion, encore a-t-on vu que cela n'en était en réalité point une, puisque la conception de la juridiction alsacienne en premier et en dernier ressort, (en tant du moins qu'elle est cohérente et logique), s'inspire nettement des principes de la jurisprudence du Conseil d'Etat, nous retiendrons seulement, que, sur un territoire que ne régissait pas la même loi et où ne fonctionnait pas le même appareil judiciaire, une situation identique à celle des concessions gazières en France fut résolue de façon semblable (Cf. ce jugement et cet arrêt dans la Revue juridique d'Alsace-Lorraine, 2^e année, Novembre-Décembre 1921, page 495).

CHAPITRE VIII

LA DÉTERMINATION DU PRÉJUDICE SUBI PAR LE CONCESSIONNAIRE ET LA RÉPARTITION DES CONSÉQUENCES ONÉREUSES DES CHARGES EXTRA-CONTRACTUELLES ENTRE LE CONCÉDANT ET LE CONCESSIONNAIRE

I. Peut être semblera-t-il surprenant au premier abord de voir consacrer un chapitre spécial à la question de l'évaluation du préjudice par la Compagnie et de sa ventilation entre la Compagnie et la Ville ; mais ces questions sont importantes et maintenant que le principe de l'imprévision est définitivement entré dans notre jurisprudence (d'où il pénétrera dans nos mœurs administratives), c'est sur elles que vont porter l'intérêt des contestations entre concédant et concessionnaire. L'orientation nouvelle de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière ; légitimerait du reste, s'il en était besoin, l'analyse que nous nous proposons de présenter.

On se souvient, que la thèse des concessionnaires, sou-

tendue notamment avec beaucoup d'habileté et de talent par M^e De la Taste, avocat du Syndicat Professionnel de l'Industrie gazière (dans un article très substantiel publié en 1920 par la Revue politique et parlementaire), était que le préjudice, causé à la Compagnie par le bouleversement de l'économie du contrat, devrait représenter l'indemnité due au concessionnaire. Il va sans dire que ce préjudice était entendu dans le sens le plus large et qu'il ne se bornait pas au « *damnum emergens* » mais renfermait également le « *lucrum cessans* ». Dès le début, le Conseil d'Etat s'était refusé à suivre les concessionnaires sur ce terrain et il avait décidé « qu'ils devaient supporter, seulement, au cours de la période anormale, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à leur charge ».

Nous ne reviendrons pas sur les règles dégagées petit à petit par le Conseil d'Etat et sur la mission fixée par ses arrêts aux experts ; nous nous sommes expliqué à ce sujet au chapitre VI.

On se rappelle que la solution restait, somme toute, assez peu précise et que la haute juridiction administrative, se refusant à toute idée de forfait, faisait de chaque procès une question d'espèce.

Un arrêt allait, à la fin de l'année 1921, montrer comment le Conseil d'Etat entendait déterminer le préjudice subi.

II. *L'arrêt du 25 Novembre 1921.* — On comprend aisément que le retour après expertise des demandes d'indemnité des concessionnaires ait amené le Conseil d'Etat à examiner de façon plus approfondie la mesure dans laquelle il convenait d'indemniser le concessionnaire de ses pertes.

Le 25 Novembre 1921, le procès intenté contre le Ministre des Travaux Publics par la Compagnie des automobiles postales, revenait pour la troisième fois. Un premier arrêt,

en date du 20 Juillet 1917 avait rejeté une demande d'indemnité basée sur un article du cahier des charges, un deuxième en date du 12 Mars 1920 avait ordonné une expertise.

Ce qui était spécial à l'instance, c'est que l'imprévisibilité s'était manifestée non seulement par la hausse des matières premières, mais encore par la réduction des parcours kilométriques (et partant des recettes en fonction des parcours), par suite des perturbations apportées par la mobilisation générale dans les horaires du service courant, autre élément de perte éventuelle.

La mission donnée aux experts était formulée dans les termes traditionnels (1).

Le 30 Décembre 1920, les experts déposaient leur rapport, accompagné d'une note d'honoraires s'élevant à 40.000 francs (2).

Observations de la Compagnie.

Elle demandait qu'on fixât à 5 % au maximum, la majoration de dépenses qu'avait pu prévoir les parties lors de la passation du contrat. Le calcul de la surcharge extra-contractuelle était effectué en faisant le total des dépenses qui ont excédé cette limite au cours de la guerre et en le rapprochant des recettes de l'exploitation.

(1) a). — « Evaluer le préjudice subi, abstraction faite des bénéfices réalisés antérieurement et des perspectives d'avenir, mais en tenant compte, pour la période litigieuse, de toutes les circonstances ayant pu influencer sur les résultats de l'exploitation, notamment, d'une part, des réductions de parcours, d'autre part des prix de la main-d'œuvre et des matières premières et inversement des avantages que le contrat a pu assurer à la Compagnie pendant la même période ».

b). — Rechercher en appréciant tous les faits de la cause, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à la charge de la Compagnie ».

(2) Les experts étaient : M. l'Intendant Adrian, pour l'Administration ; M. l'Ingénieur civil Richard, pour la Compagnie ; M. l'Expert comptable Guillemot, choisi d'un commun accord.

On obtenait ainsi un chiffre de 4.025.179 francs dont 880.508 francs de pertes et 3.144.928 francs de manque à gagner par rapport au bénéfice minimum prévu en temps normal. L'Etat devait être condamné à payer une indemnité de 3.622.661 francs, la Compagnie supportant 10% des charges.

De son côté, l'Etat ne consentait à attribuer à la Compagnie qu'un bénéfice de 5%, soit 786.882 francs.

Le Conseil d'Etat rendit, après avoir entendu les conclusions de M. Corneille, Commissaire du Gouvernement, un arrêt condamnant l'Etat à payer une indemnité de 800.000 francs avec intérêts de droit (1).

Le Conseil d'Etat persiste par cet arrêt dans son affirmation traditionnelle « le préjudice subi par l'exploitant au cours de la période litigieuse et la charge extra-contractuelle qui s'en est suivie, dépendent uniquement des résultats de

(1) **Conclusions de M. Corneille.** — Il écarta très nettement l'élément manque à gagner : « A notre avis, dit-il, on ne doit pas faire entrer en ligne de compte, pour le calcul de cette indemnité, pour la première opération par vous confiée aux experts, ce qu'ils appellent le manque à gagner..... »

Ces expressions : « Charges onéreuses », que vous avez tenu à employer, indiquent bien en elles-mêmes, en même temps d'ailleurs que les idées directrices de votre théorie, qu'elles sont synonymes de **perte effective** et non de gain manqué.

Etymologiquement, le sens restreint ainsi, de cette expression ne saurait être douteux. Et d'ailleurs, le fait que vous avez admis, peu à peu, qu'une part de ces charges pourrait être laissée au concessionnaire, parce que, dans ses perspectives d'avenir, il pourrait trouver une compensation à l'état actuel, indique bien que l'état actuel à considérer était un **état de déficit**, un état de perte proprement dit....

En faisant apparaître dans le calcul de l'indemnité, l'élément : gain réduit, les experts ont excédé la mission qui leur était confiée pour fixer le chiffre de la situation préjudiciable de la Société pendant la guerre.

Pour rester fidèle à votre jurisprudence, nous croyons donc devoir nous refuser à faire entrer en ligne de compte le chiffre du « *lucrum cessans* ».

l'exploitation pendant la dite période, et ils doivent dès lors être calculés en ne tenant compte que de ces résultats, abstraction faite des bénéfices antérieurs et des perspectives d'avenir ».

Mais, et c'est là l'intérêt et l'innovation de cet arrêt, le Conseil d'État sépare nettement les pertes effectivement subies du manque à gagner : « Considérant que les compensations auxquelles l'exploitant peut prétendre, à raison des charges exceptionnelles et imprévues nées de la guerre ne sauraient s'appliquer qu'aux pertes subies, et non au manque à gagner, qu'il y a lieu par suite, pour le calcul des conséquences onéreuses dont se plaint la Compagnie requérante, de n'admettre en compte, en ce qui touche la période litigieuse, que les dépenses d'exploitation, déduction faite de la part afférente à la majoration, que les parties avaient pu prévoir lors de la passation du contrat, et les charges d'intérêt et d'amortissement du capital social, que ce total, rapproché des recettes brutes réalisées pendant la même période, fait apparaître le déficit susceptible de donner lieu dans l'espèce aux compensations précitées.

*En ce qui concerne la répartition de la charge
extra-contractuelle*

« Considérant que si la charge extra-contractuelle doit être calculée, en ne tenant compte, comme il a été dit ci-dessus, que des résultats de l'exploitation au cours de la période de guerre, il y a lieu, par contre, pour effectuer la répartition de cette charge entre les parties, de rechercher par l'examen de toutes les circonstances de l'affaire, et notamment des avantages qui peuvent résulter pour la Compagnie, tant de son traité primitif, que des accords ultérieurs passés avec l'État, dans quelle mesure il convient, par une interprétation raisonnable du contrat, de faire supporter par

la dite Compagnie une partie des conséquences onéreuses de la situation extra-contractuelle dans laquelle elle fut tenue d'assurer du 2 Août 1914 au 30 Novembre 1919 la continuité du service public ».

III. *Ce qui résulte de cet arrêt.* — Il est désormais bien établi que l'indemnité due au concessionnaire ne doit porter que sur les pertes effectivement subies.

C'est là une solution qui cadre trop avec la logique de la doctrine de l'imprévision et se recommande trop de l'équité pour qu'on puisse la critiquer sérieusement.

Remarquons du reste que les concessionnaires ne se trouvent nullement sacrifiés. Dans l'élément « *damnum emergens* » en effet, on fait rentrer un sous-élément ; les charges sociales soit l'amortissement des actions et leur intérêt à 10%. De la sorte les actionnaires de la Compagnie reçoivent 5% et voient leurs actions amorties dans le laps de temps spécifié. Comme le déclara dans ses conclusions le Commissaire du Gouvernement, il n'était véritablement pas possible d'aller plus loin et il proposa avec raison de réduire quelque peu cette évaluation.

En ce qui concerne la situation particulière de la concession, les perspectives d'avenir faisaient quelque peu défaut, le marché conclu pour 12 ans, finissant en Décembre 1923.

M. Corneille proposa de laisser 1/10 des conséquences onéreuses, à la charge de la Société, et le Conseil d'Etat en fixant l'indemnité due par l'Etat à 800.000 francs, suivit les indications du Commissaire du Gouvernement.

Cet arrêt du 25 Novembre 1921 est appelé à faire jurisprudence en matière de détermination du préjudice subi ; c'est ainsi qu'un arrêt du 30 Décembre 1921 (Noisy-le-Sec, Cf. Journal des communes, Janvier 1922, page 39) est venu reprendre la formule nouvelle du Conseil d'Etat et affirmer

à nouveau que les pertes subies peuvent seules ouvrir un droit à indemnité.

Quelle sera donc dans ces conditions la mission des experts ? (1).

Ils devront « n'admettre en compte que le déficit qui résulterait de la comparaison des recettes brutes réalisées pendant la période litigieuse avec les dépenses d'exploitation de toute nature, y compris les charges d'intérêt et d'amortissement du capital social, déduction faite de la part des frais d'exploitation ainsi déterminés afférents à la majoration du prix du charbon que les parties avaient pu envisager lors de la passation du contrat ».

D'autre part le Conseil de Préfecture peut inviter les experts à préparer la transformation de l'indemnité en relèvement de tarifs à acquitter par les usagers, après avoir indiqué au Conseil les bases de la ventilation à opérer entre la Compagnie et la Ville.

On voit ainsi que le Conseil d'Etat continue à distinguer les éléments entrant en ligne de compte pour la détermination du préjudice, lesquels sont limités à la période litigieuse et les éléments entrant en ligne de compte pour l'appréciation de la répartition des charges onéreuses qui eux débordent cette période. D'autre part l'aléa normal reste étranger au calcul du préjudice.

La théorie de l'imprévision prend, grâce à ce correctif ou plutôt grâce à cette précision nécessaire, apportée par l'arrêt du 25 Novembre 1921, un caractère moins fatal pour

(1) Le premier devoir des experts sera d'examiner les bilans, avec le plus grand soin. Les compagnies s'efforcent parfois de dissimuler leurs bénéfices, en créant, par exemple des sociétés filiales qui deviennent leurs fournisseurs, ou qui achètent leurs sous-produits.

les Municipalités, tout en assurant cependant de façon fort efficace la sauvegarde des intérêts engagés dans l'industrie gazière (1).

(1) N. B. — Les Conseils de Préfecture ont eu l'occasion d'appliquer les directives tracées par le Conseil d'Etat. Voici quelques décisions récentes :

Le Conseil de Préfecture du Var a décidé, par arrêt du 27 Décembre 1921 (ville de Toulon), qu'il y a lieu de déduire les bénéfices de l'exploitation de l'électricité, de l'indemnité à accorder, même si l'expertise prouve qu'ils sont en diminution sur ceux d'avant guerre. Il convient également de déduire de l'indemnité le montant des sommes encaissées par la Compagnie au cours de la période litigieuse, par la suite de l'application des tarifs temporaires résultant des conventions.

Par arrêté en date du 8 Février 1922 (ville de Saint-Pol), le Conseil de Préfecture du Nord a rejeté une demande additionnelle de la Compagnie tendant au paiement d'une somme de 4 000 francs pour augmentation des frais d'administration. Cette prétention fut à juste titre jugée superfétatoire « les experts ayant tenu compte de tous les éléments du préjudice ».

Au point de vue de la ventilation du préjudice entre le concédant et le concessionnaire, on peut citer un arrêté du Conseil de Préfecture de l'Hérault, en date du 30 Novembre 1921 (ville de Montpellier) qui met les 6/10 du préjudice constaté à la charge de la ville et laisse 4/10 à la charge de la Compagnie. Il importe de remarquer qu'il s'agissait d'un contrat de concession de longue durée où la possibilité d'un aléa assez considérable avait nécessairement dû être envisagé par les parties.

CHAPITRE IX

LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT EN MATIÈRE DE CHARGES EXTRA-CONTRACTUELLES GREVANT LES CONCESSIONS DE DISTRIBUTION D'ÉNERGIE ÉLECTRIQUE

Les principes qui régissent la matière sont, nous le savons déjà, les mêmes que pour les concessions gazières, mais la jurisprudence administrative n'a eu jusqu'ici que rarement l'occasion de se prononcer : la crise a, en effet, atteint moins directement ces concessions.

Un arrêt du Conseil d'État en date du 3 Juin 1921 (Société Anonyme le Centre Electrique contre Ville de Chatellerault), a étendu aux concessions d'électricité l'application de la théorie de l'imprévision. (Cf. Revue des concessions, 1921, page 121).

Un arrêt plus récent, du 3 Février 1922 (Ville de Meaux), a précisé que la jurisprudence qui s'est instituée à propos

de la hausse du prix du charbon, bouleversant l'économie des concessions gazières, était également applicable aux contrats de distribution « *de l'énergie électrique au moyen de machines à vapeur* ».

I. — On sait en effet qu'il existe deux sortes d'usines productrices d'électricité, les usines thermiques et les usines hydrauliques.

Seules les premières font usage du charbon pour la production de l'énergie électrique et par suite, seules elles peuvent arguer d'un droit à indemnité en raison de la hausse extraordinaire du prix du charbon.

L'arrêt de Meaux établit, implicitement mais très nettement, cette distinction et reconnaît en l'espèce au concessionnaire, fournissant l'électricité au moyen de machines à vapeur, un droit à indemnité « nonobstant l'absence de toute disposition contractuelle faisant varier le prix de l'électricité suivant celui du charbon » ce qui est dans la tradition de la jurisprudence (1).

En ce qui concerne l'évaluation du préjudice, le Conseil d'Etat indique soigneusement tous les éléments qui doivent entrer en lignes de compte, tels que contrats passés avec d'autres sociétés. Enfin, conformément toujours à la jurisprudence, (dictée ici par l'esprit même du traité de conces-

(1) « Considérant qu'en raison de la hausse exceptionnelle survenue par suite de la guerre dans le prix du charbon et qui a généralement bouleversé l'économie des contrats de concession passés entre les communes et les sociétés qui assurent, soit la distribution du gaz, soit celle de l'énergie électrique au moyen de machines à vapeur, c'est à tort que le Conseil de Préfecture a admis qu'il y a lieu à l'application pure et simple des conventions intervenues entre la ville de Meaux et la Société, comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise; qu'il importait, au contraire, nonobstant l'absence de toute disposition contractuelle faisant varier le prix de l'électricité suivant celui du charbon, d'examiner si, comme le soutenait la Compagnie, le

sion) le Conseil d'Etat rejette une demande de la Compagnie tendant au relèvement des tarifs par voie judiciaire.

Nous poserons donc en principe que les concessions de distribution d'énergie électrique utilisant la houille (usines thermiques) peuvent seules, le cas échéant, se prévaloir d'un droit à indemnité. Le Conseil de Préfecture de la Loire a rendu à cet égard, le 31 Janvier 1922 dans l'affaire, Société des Forces Motrices du Lignon contre la Ville de Feurs, un arrêté particulièrement intéressant (1).

Pour que la théorie de l'imprévision joue, il faut donc

prix de la houille rendue à l'usine a dépassé la limite extrême des majorations ayant pu être envisagées par les parties..., etc... (formule habituelle).

« Considérant qu'il doit être fait état de tous les avantages qui ont pu résulter en faveur de la Société, pendant la période envisagée, du contrat ou d'arrangements ultérieurs, et notamment, de ce qu'à partir du mois de Décembre 1917, la Compagnie électrique a pu suspendre la fabrication directe de l'énergie et s'adresser pour la fourniture de cette énergie au Consortium Triphasé ».

(1) **CONSEIL DE PRÉFECTURE DE LA SEINE**

31 Janvier 1922

Société des Forces Motrices du LIGNON. — VILLE DE FEURS

« Sur la recevabilité de cette action »

Considérant que d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat (27 Juin 1919, ville de Nice ; 25 Novembre 1921, Compagnie des Automobiles Postales) pour que la justice administrative puisse accueillir favorablement une demande, il faut : 1° Que la matière première essentielle à la fabrication du produit livré au public ait subi une hausse absolument imprévisible lors de la passation du contrat, les éléments d'exploitation secondaires tels que les frais généraux, main-d'œuvre ou matériel n'entrant en ligne de compte que si le droit à indemnité est justifié avant tout par l'augmentation exceptionnelle du prix de la matière première.

2° Que le concessionnaire ait subi une perte effective ou « *damnum emergens* » et non pas seulement une diminution de recettes ou de bénéfices, un manque à gagner ou « *lucrum cessans* » ;

Considérant que la Société des Forces Motrices du Lignon n'est

qu'une hausse absolument imprévisible, affectant le prix du charbon, soit venue bouleverser l'économie du contrat.

II. — Il faut, en second lieu, que le concessionnaire ait subi une perte effective, mettant son bilan en état de déficit. Citons à cet égard un arrêté du Conseil de Préfecture de la Seine, en date du 27 Janvier 1920 (Ville de Paris contre C.P.D.E.) qui constitue un précédent très net de la Jurisprudence définitivement admise par le Conseil d'Etat (arrêt du 25 Novembre 1921) et dont le Conseil de Préfecture de la Loire a fait, dans l'arrêté précité, une judicieuse application.

« Considérant, dit le Conseil de Préfecture de la Seine, que, en cet état des faits de la cause, la prétention de la Compagnie requérante se réduit à réclamer à la ville une indemnité, non pas *en raison de pertes subies*, mais en raison de la diminution des bénéfices nets qu'elle espérait tirer de l'entreprise à elle concédée et des dividendes qu'elle espérait distribuer à ses actionnaires, alors qu'aucune circonstance

pourvue que d'usines hydrauliques, que l'eau utilisée par cette Société pour la production de l'électricité, a conservé la même valeur pendant et après la guerre, comme avant les hostilités.

Considérant qu'il résulte de la lecture des bilans, que non seulement la Société des Forces Motrices du Lignon n'est pas en perte, mais que beaucoup plus favorisée que d'autres établissements similaires, après constitution de la réserve légale, rémunération de 20 % au Conseil d'administration et affectation de 10 % au fonds d'amortissement, elle n'a cessé pendant et après les hostilités de distribuer des dividendes très rémunérateurs, atteignant 5 % en 1915, 6 % en 1916 et 1917, 8 % en 1918 et 1919, 6,5 % en 1920 et 8,30 % en 1921.

Qu'en outre elle a racheté ses parts de fondateur, remboursé au 30 Juin 1921, cent quarante six mille francs d'obligations et amorti dans une très large mesure son installation.

Considérant qu'aucune des deux conditions ci-dessus n'étant réalisée, il y a lieu de déclarer irrecevable l'action en indemnité, tentée par la Société des Forces Motrices et de la condamner aux dépens.....

de nature à mettre en péril le fonctionnement financier de son exploitation et par suite la continuité du service public ne peut être invoquée ». (Ville de Paris contre Compagnie Parisienne de distribution d'électricité, 27 Janvier 1920).

Cet arrêté met très bien en lumière l'idée capitale, qui est que l'indemnité est destinée à éviter la cessation du service. Une diminution de bénéfices ne saurait donc être prise en considération tant que le concessionnaire peut, avec ses ressources annuelles, faire face à ses charges (loyer du capital compris). En effet, c'est seulement à partir de ce moment qu'il est possible de dire que le concessionnaire entre dans une situation « extra-contratuelle », qu'il subit les « conséquences onéreuses » d'un cas de force majeure.

Il appartiendra donc au concessionnaire, demandeur en indemnité, d'établir, avec pièces à l'appui, que son exploitation est déficitaire, par suite d'une imprévisibilité. Le rôle des experts-comptables passera ici au premier plan et l'étude approfondie des livres de comptabilité et des bilans de la société concessionnaire sera indispensable pour permettre de reconnaître si la Compagnie est en droit de recevoir une indemnité. (1)

Bien qu'elle soit étrangère à la jurisprudence administrative, à la compétence de laquelle elle échappe, on nous permettra de mentionner une hypothèse où le relèvement de tarifs est opéré de plano par la Compagnie concessionnaire, sans qu'il y ait lieu, pour elle, de recourir à l'autorisation du pouvoir concédant. Nous voulons parler des Compagnies fournissant l'électricité aux habitants d'une ville, en vertu d'un traité antérieur à la loi du 15 Juin 1906, et qui les autorise à traiter par contrats directs avec les habitants. Le texte de cette convention étant clair et précis, l'autorité judiciaire se trouve compétente en cas de différend

(1) Cf. arrêt du Conseil d'Etat du 23 Juillet 1920. Ville de Château-Gonthier.

soulevé entre la Compagnie et ses abonnés, sans qu'il y ait lieu à interprétation administrative inutile.

Telle est la solution donnée à cette question par la Cour d'Appel de Lyon (1^{re} Chambre) dans son arrêt du 29 Décembre 1921 qui confirme un jugement du Tribunal de Nantua en date du 18 Mai 1921. (Cf. le Moniteur Judiciaire de Lyon du 27 Février 1922).

On voit donc que, *mutatis mutantis*, l'imprévision s'applique aussi bien aux concessions d'électricité qu'aux concessions gazières, pourvu que les concessionnaires puissent établir un déficit réel dû à la hausse, dépassant toute prévision, survenue dans le prix du charbon.

En ce qui concerne les exploitations utilisant l'énergie hydraulique, il est évident que la hausse de la houille ne peut être invoquée, mais l'arrêt du 12 Mars 1920 (automobiles postales) qui a admis la possibilité pour le concessionnaire d'un droit à indemnité, au cas de rupture de l'équilibre financier de la concession, permettrait en cette hypothèse une action, pourvu que le déficit existât et provînt de la situation économique due à la guerre.

CHAPITRE X

L'ATTITUDE DE L'ADMINISTRATION SUPÉRIEURE. CIRCULAIRES & CAHIERS DES CHARGES-TYPE

Il ne nous est pas possible de faire rentrer dans le cadre de ce simple exposé de la jurisprudence du Conseil d'Etat, une histoire complète des concessions de gaz et d'électricité durant la guerre (1). Nous ne saurions négliger, cependant, l'attitude prise par l'administration en présence de l'application par le Conseil d'Etat de la théorie de l'imprévision, et les divers textes réglementaires qu'on peut considérer

(1) Il y aurait en effet tout un chapitre à écrire sur la réglementation de la répartition du charbon pendant la guerre, sur le rôle de « l'Office des Charbons » du Syndicat professionnel des usines à gaz, chargé de desservir les usines, sous la surveillance du B. N. C. (Bureau National du Charbon). Quant aux usines d'électricité, elles étaient en principe rattachées au groupement de l'armement de leur région. Les secteurs d'électricité de Paris

comme des conséquences de la jurisprudence sur les charges extra-contractuelles.

I. GAZ - CIRCULAIRES DU MINISTRE DE L'INTÉRIEUR

On se souvient, à ce propos, que l'arrêt du 30 Mars 1916, avait déterminé l'envoi par le Ministre de l'Intérieur d'une circulaire aux Préfets, le 19 Août 1916, où la résistance aux prétentions abusives des concessionnaires était conseillée aux communes.

Le 28 Août 1919, le Ministre de l'Intérieur adressait aux Préfets une circulaire qui mesurait le chemin parcouru depuis 1916, par la jurisprudence de l'imprévision dans les milieux administratifs. Le Ministre recommandait en effet aux Maires de conclure des accords amiables avec les Compagnies lorsqu'ils le croiraient possible et convenable, en évitant par une résistance inutile et purement dilatoire, d'accroître les charges et la responsabilité des communes.

Pénétrant plus avant dans la voie des accords amiables avec les concessionnaires, que son prédécesseur avait recommandés aux Municipalités, M. Steeg, Ministre de l'Intérieur, signait le 21 Mai 1920 une circulaire relative aux conventions provisoires susceptibles d'être passées entre les Communes et les concessionnaires de distribution d'éclairage par le gaz. L'établissement d'une convention provisoire avec ouverture d'un compte d'attente était le système préconisé, « en accordant le relèvement de tarifs accompagné d'un compte provisoire d'attente, les intérêts de la Commune seront sauvegardés dans tous les cas ; en effet, de deux

et de la banlieue constituaient un groupe autonome : Office des Charbons du Syndicat professionnel des usines d'électricité.

On remarquera le rôle des groupements professionnels patronaux dans la répartition. Ils servaient de sous-répartiteurs. (Cf. thèse Sardier. Le ravitaillement en charbon pendant la guerre. Paris 1920.)

choses l'une : ou ces augmentations de dépenses seront extra-contractuelles, et alors le relèvement de tarif aura fait supporter légitimement au consommateur cette charge supplémentaire, ou bien elles seront reconnues, en fin de compte, excéder la part des conséquences onéreuses résultant de la guerre qui doit être supportée par la Commune, et alors celle-ci rentrera en possession des recettes perçues en trop par la Compagnie ».

En annexe à cette circulaire était joint un modèle de convention provisoire avec établissement d'un compte d'attente. On y constatait l'apparition de formules algébriques destinées à établir le prix de vente du gaz en tenant compte des majorations dues à l'augmentation du prix de la houille et à l'élévation subie par les salaires, déduction étant faite de l'augmentation du prix de vente du coke et autres sous-produits. ($P=p+h+s+k$, ou p = l'ancien prix du gaz, h la majoration du prix de la houille, s , celle des salaires et k l'augmentation du prix de vente des sous-produits).

Cette circulaire n'eut malheureusement pas le bonheur de plaire aux Compagnies gazières dont l'attention se porta sur les articles relatifs aux redevances et à la qualité du gaz, insérés dans le modèle de convention provisoire. Une intervention du Syndicat Professionnel de l'Industrie du gaz amena le Ministre à déclarer dans une circulaire en date du 9 Juin 1920 que ces questions accessoires ne devaient point créer d'obstacle à l'établissement d'une entente entre le pouvoir concédant et les concessionnaires. Il convient de noter qu'aucune part des « charges onéreuses » n'est laissée dans ces formules aux concessionnaires.

Le 12 Avril 1921, M. Marraud, Ministre de l'Intérieur, faisait connaître aux Préfets les règles générales à donner aux Villes, pour leur permettre d'examiner les conditions

dans lesquelles il conviendrait de passer les traités relatifs aux concessions de distribution d'éclairage par le gaz. A cette circulaire était joint un modèle de cahier des charges.

II. LE CAHIER DES CHARGES-TYPE

Il ne saurait être question d'en faire une étude approfondie ; nous mentionnerons seulement les dispositions inscrites dans les articles 9 et 10, relatifs, le premier au tarif de vente, le deuxième à la participation de la Commune aux bénéfices du concessionnaire qui nous paraissent présenter avec le sujet de la présente étude des liens étroits de connexité.

a). *Tarif de vente du gaz*

On a cherché une formule souple permettant de modifier périodiquement le prix du gaz, en raison même des modifications qui pourraient se produire dans les conditions économiques et qui seraient susceptibles d'influencer le prix de revient.

Deux formules (variantes A et B) étaient proposées au choix des Municipalités par l'article 9.

Le principe était, somme toute, le même que celui énoncé dans la circulaire ministérielle du 21 Mai 1920, mais les formules s'étaient compliquées.

b). *Participation aux bénéfices*

L'article 19 prévoyait la participation aux bénéfices. Cette clause avait été introduite dans le but d'associer plus intimement les deux parties et de les intéresser davantage à la bonne marche des affaires.

Si l'on songe que, par le jeu de l'imprévision, le concédant participait, et très largement aux pertes, on ne peut que se féliciter de cette innovation, en espérant toutefois qu'elle ne se retounera pas contre les usagers. Le Conseil d'Etat, dans un avis du 26 Février 1919 a reconnu la légalité de

cette participation et en a marqué les limites : « aucune disposition de loi municipale n'interdit aux Communes de tirer des services publics ayant un caractère industriel qu'elles peuvent légalement exploiter par voie de concession, des ressources susceptibles d'être affectées aux dépenses générales de leur budget ; une pratique administrative constante admet des tarifs d'où résultent pour les Communes, sous forme de redevances ou de partage de bénéfices, des recettes plus ou moins importantes ; mais il appartient aux autorités chargées de l'exercice des pouvoirs de tutelle de veiller à ce que les tarifs fixés ne soient pas trop élevés ».

Signalons que l'article 25 permet au concessionnaire de récupérer par voie de relèvement de tarifs les sommes payées à titre d'impôts nouveaux, d'aggravation d'impôts, d'établissement ou d'augmentation de droits d'octroi atteignant sa concession.

c). *Mise en régie*

Indiquons enfin que « si, par la faute du concessionnaire, l'exploitation vient à être interrompue en partie ou en totalité, il y sera pourvu, en régie, aux frais et risques du concessionnaire ». La déchéance eût pu semble-t-il, être prononcée en cette hypothèse, mais l'on n'ignore pas la répugnance marquée par la jurisprudence administrative à l'égard de cette mesure.

Si l'on veut résumer l'attitude de l'administration dans la question des charges extra-contractuelles, posée à l'occasion des concessions de distribution d'éclairage par le gaz, il apparaît que les pouvoirs publics n'ont pas défendu les intérêts généraux avec la même âpreté et le même bonheur que les groupements professionnels de concessionnaires. Insuffisamment guidées et conseillées, les Municipalités, surtout celles des petites villes, se sont trouvées en état d'infériorité, en raison surtout de leur isolement, en présence

de Compagnies gazières puissantes et appuyées par un syndicat qui leur fournissait tous les renseignements techniques et juridiques désirables. Le syndicalisme n'est en effet banni des services publics que lorsqu'il est ouvrier.

On s'explique dès lors que les concessionnaires aient obtenu souvent des relèvements exagérés de tarifs, de la part de Municipalités égarées dans le dédale d'une comptabilité embrouillée. La réaction devait venir de la part des usagers, victimes en dernière analyse, à moins que ce ne soit l'ensemble des contribuables, du triomphe de l'intérêt des grandes Compagnies gazières sur l'intérêt public.

ÉLECTRICITÉ

En matière de concession de distribution d'énergie électrique, le Ministre des Travaux Publics a la haute main sur le contrôle ; sans lui, les Communes sont à peu près désarmées et dans une situation bien plus défavorable encore que vis-à-vis des Compagnies gazières, en raison du rayonnement des concessions d'électricité sur toute une région, ce qui les fait échapper à l'emprise des pouvoirs locaux.

a). Dans les circulaires préparées par le Comité d'électricité et datées du 24 Novembre 1919 et du 17 Janvier 1920, le Ministre des Travaux Publics a établi pour guider les Municipalités dans le règlement des difficultés nées de la guerre, des formules variables. Ces formules sont destinées à indiquer, tous les trimestres, le prix normal auquel il est raisonnable de vendre l'électricité au public.

b). *L'index économique.* — L'élément essentiel de ces formules variables est l'*index économique*, calculé d'après les variations du charbon, mais cet indice économique est généralement calculé sur un prix du charbon très supérieur à la réalité. (Cf. Séance de la Chambre. Journal Officiel, 31 Décembre 1921. M. Néron a établi qu'à Saint-Étienne,

l'index économique était basé sur un prix de 166 francs 10 la tonne, alors que le prix réel ne dépassait pas 80 francs).

En outre, dans le calcul de l'indice économique, l'administration majore le prix du charbon, quand celui-ci est de mauvaise qualité, si bien que le producteur a tout intérêt à s'approvisionner de charbon de mauvaise qualité, qui lui coûtera moins cher et lui rapportera une indemnité ; chose plus grave, l'administration applique l'index économique basé sur le prix de la houille, même si l'électricité est fabriquée avec de l'eau, elle se contente en ce cas de ne compter son index que pour moitié de sa valeur.

A la suite de l'interpellation Néron (31-12-1921) ces errements furent enfin abandonnés en ce qui touche l'énergie électrique produite dans les usines hydrauliques.

c). *Le danger des formules variables.* — Il n'en reste pas moins que ces formules sont incomplètes et en désaccord avec l'esprit de la jurisprudence du Conseil d'Etat. C'est ainsi qu'elles ne tiennent pas compte de la répartition équitable à effectuer entre le concédant et le concessionnaire, pas plus du reste que de ce qu'on pourrait appeler le « facteur humain », c'est à dire du soin apporté par le concessionnaire à l'exploitation, ni des facilités accordées à un même concessionnaire.

Il conviendra par suite de ne les retenir que comme simples éléments d'appréciation révisables d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat.

d). *Cahier des charges-type.* — Un décret du 28 Juin 1921 est venu modifier celui de 1908, nous n'entendons parler ici et très sommairement que du cahier des charges-type pour la concession d'une distribution publique d'énergie électrique par une Commune ou par un Syndicat de Communes. Il en existe un analogue pour la concession de la distribution de l'énergie électrique par l'Etat.

Le chapitre III, est relatif aux tarifs. Les tarifs maxima de base s'entendent d'une situation économique conventionnellement caractérisée par la valeur 130 de l'index économique électrique à basse tension, fixé périodiquement par le Ministre des Travaux Publics, d'après les prix des houilles et de la main d'œuvre.

e). *Révision des tarifs.* — Le terme correctif sera révisé périodiquement à la demande de la Commune ou du concessionnaire. L'avenant portant révision du terme correctif ou fixation des nouveaux prix de base ne sera définitif, qu'après avoir été approuvé par la même autorité que le cahier des charges.

Au cas d'augmentation des impôts ou droits d'octroi frappant la concession, le concessionnaire pourra réclamer une indemnité égale à cette charge nouvelle (article 29).

III. USAGERS ET CONCESSIONNAIRES

Nous avons dit déjà qu'en matière d'électricité, le public fut encore plus mal défendu qu'en matière de gaz.

Il serait facile d'en donner de nombreux exemples, nous nous contenterons de citer le cas de la Compagnie des Forces Mortices du Rhône qui tient sa concession d'une loi, et qui obtint du Ministre des Travaux Publics un relèvement de tarifs, bien qu'elle utilisât l'eau du Rhône (qui n'a pas augmenté comme le charbon), qu'elle ne fût pas en perte, et qu'enfin un avenant eût réglé la situation d'après guerre. Cette décision provoqua, il va sans dire, les légitimes protestations de l'industrie.

Le cas de la Compagnie Electrique de la Loire et du Centre, est encore plus typique et l'interpellation de M. Néron, député, le 31 Décembre 1921, a révélé ses agissements à l'égard des consommateurs de la Haute-Loire.

En Janvier 1920 cette puissante Compagnie obtint des nouvelles Municipalités des relèvements formidables (600% à Roanne, 125% à Saint-Etienne), puis elle mit en demeure les Communes de la Haute Loire d'accepter 100% d'augmentation, un syndicat de Communes se forma pour résister à ces prétentions, le 26 Juillet 1920. Refusant la proposition d'expertise amiable, la Compagnie fit couper le courant, après que les Maires eurent refusé les quittances majorées de sa propre initiative. Passons sur les vexations diverses imposées par la Compagnie à la population travailleuse de la Haute Loire pour ne retenir que l'excès injustifié de ces augmentations. La Compagnie a en effet osé réclamer 1 franc 80 du kilowatt-heure, alors que le prix de revient était de 8 centimes 12, soit 2.000% d'augmentation.

On ne s'étonnera pas d'apprendre que la situation de la Compagnie était prospère et qu'elle ait pu, en pleine guerre, bénéficiant du reste d'une vente accrue du courant, distribuer des dividendes de 6 et 7%. Comment pouvait-elle donc invoquer l'imprévisibilité ?

Ces abus soulevèrent des protestations justifiées de la part des abonnés.

Les mêmes faits se reproduisirent du reste ailleurs, et la Chambre Syndicale des Consommateurs d'Electricité de France, organisme de la réaction spontanée contre les excès des concessionnaires, transmet les doléances des usagers à propos de l'augmentation des tarifs et de la fixation défectueuse de l'index économique. Il se forma des groupements de consommateurs, décidés à résister, un peu partout (il en existe un, pour Lyon et la région Lyonnaise).

Les Chambres de commerce s'associèrent à ce mouvement et réclamèrent la suppression de l'index économique résultant de la circulaire du 24 Novembre 1919, pour ne laisser subsister que les variations du prix moyen à la mine.

Une suggestion intéressante fut émise par M. Néron, c'est l'entrée de représentants des consommateurs dans les commissions de contrôle de distribution d'énergie électrique.

Mal défendus par l'administration, gardienne de l'intérêt public, il était naturel que les usagers se défendissent eux-mêmes, les répercussions des charges onéreuses sur les polices d'abonnement en cours allaient du reste fournir matière à de nombreux conflits.

CHAPITRE XI

LES RÉPERCUSSIONS DES RELÈVEMENTS DE TARIFS SUR LES POLICES D'ABONNEMENT AU GAZ OU A L'ÉLECTRICITÉ

I. *Pourquoi la question devait se poser.* — Saisie par les concessionnaires de demandes en relèvement de tarifs, la juridiction administrative a eu souvent l'occasion de déclarer à ce sujet son incompétence (Cf. Conseil d'Etat 19 Mars 1920), seul en effet l'accord des parties peut modifier la convention conclue entre elles. Le rôle du juge se borne à accorder une indemnité, pour permettre au concessionnaire d'assurer la continuité du service public, mais le Conseil d'Etat n'a pas manqué dans ces arrêts d'indiquer sa préférence pour le système du relèvement des tarifs, qui, au lieu de grever le budget communal, reporte sur les usagers, bénéficiaires du service public, la charge des conséquences de

la situation imprévisible, née de la guerre. Très souvent, dans la mission confiée aux experts, on voit apparaître une formule les chargeant de préparer la transformation de l'indemnité en relèvement de tarifs. Ce faisant, le Conseil d'Etat, sans sortir des limites de sa compétence, reste fidèle à sa tradition éclairée de contrôleur suprême des Communes qu'il tient de son double rôle de grand Conseil Gouvernemental et de haute juridiction administrative, qui a valu à ses arrêts d'être qualifiés par M. Hauriou de « politique jurisprudentielle », ce qui n'est pas un mauvais compliment.

Il était donc fatal que l'application par le juge administratif de la théorie de l'imprévision en matière de services publics concédés eût des répercussions importantes sur la situation des abonnés, usagers de ces services.

II. Le contentieux en la matière ne pouvait être, selon une jurisprudence certaine, que civil, puisque il y a litige entre le concessionnaire et ses abonnés. Aussi les Compagnies portèrent-elles le débat devant les tribunaux civils ou de commerce, sans chercher à soutenir qu'il s'agissait là de contrats intéressant l'exécution d'un service public, justiciables par suite de la juridiction administrative, ce qui pouvait cependant être admis, un service public concédé n'en restant pas moins un service public.

Après une période d'hésitations, la jurisprudence civile se fixa du reste dans le sens de l'application aux contrats d'abonnement en cours, des relèvements consentis par l'autorité concédante.

Un nombre assez considérable de procès permit de déterminer avec précision la nature du contrat d'abonnement et ses relations avec le cahier des charges.

III. *Nature du contrat d'abonnement.* — Quelle est en effet la situation des usagers vis-à-vis des concessionnaires d'un service public ? La loi de la concession c'est, nous l'avons vu,

le cahier des charges. Il n'y a donc pas lieu d'invoquer, comme on l'a fait presque toujours devant la juridiction civile, la théorie du mandat de droit public ou celle de la stipulation pour autrui. Vis-à-vis du public, un service public concédé ou non, est une institution légale ou réglementaire, créatrice de statut réel. (Cf. Conseil d'Etat, 3 Février 1905, et 21 Décembre 1906, dans S. 1907-3-37).

Les représentants légaux de la Commune ont qualité pour accorder un relèvement de tarifs, même en ce qui concerne le prix du gaz ou de l'électricité consommés par les particuliers, sans avoir besoin de l'assentiment de ces derniers. (Le Conseil d'Etat a repoussé dans tous ses arrêts la thèse de la scission entre l'éclairage public et l'éclairage privé).

Ce droit découle de la nature même de la concession ; lorsque l'autorité concédante fixe le tarif des droits à percevoir des consommateurs, elle agit en vertu de sa fonction pour la protection des intérêts dont elle a la garde. (Cf. S. 1889, IV-9, note Labbé). « Elle prend des mesures nécessaires, en vue des besoins de la vie collective(auxquels elle est chargée de pourvoir » (Romieu-Lebon, 1905, p. 1014). Elle est donc l'organe, non le mandataire de la collectivité. Tant que cette réglementation demeure en vigueur, les consommateurs, dans l'intérêt desquels elle fut édictée, jouissent d'une action individuelle à l'encontre de la Compagnie concessionnaire, à l'effet d'en réclamer le bénéfice.

Mais selon une très juste formule de M. Labbé, si les usagers ont droit au tarif, ils n'ont pas droit à la permanence du tarif, les consommateurs sont des tiers et ils ne peuvent discuter les conditions du cahier des charges ni celle de l'avenant (1).

(1) Un abonné ne peut attaquer un avenant, en dehors des cas d'excès de pouvoir prévus : incompétence, vice de forme ou reni c/ Protectorat du Tonkin. *Revue des Concessions*, 1921, page 115).

Cette solution s'impose même au cas où il existe une police, c'est à dire un contrat particulier passé par une Compagnie avec un usager de service public, en vue de la fourniture du gaz ou de l'électricité. Il convient ici de faire intervenir la théorie du contrat d'adhésion (1).

En effet, en contractant avec le concessionnaire, délégué à la gestion d'un service public par une décision de l'autorité concédante, l'usager prend, explicitement ou tacitement, l'engagement de se conformer aux conditions prévues par le cahier des charges. Très souvent, la police d'abonnement contient une clause édictant une référence expresse au cahier des charges, mais il a été jugé finalement que la référence implicite devait toujours être sous-entendue, ce qui est commandé d'ailleurs par la nature même de la concession.

IV. *La jurisprudence admise par la Cour de Cassation.* —

Vainement, certains abonnés ont entendu se renfermer dans les conditions de leurs polices, et tenir pour non avenues à leur égard, les décisions de relèvement de tarifs. Une jurisprudence bien établie, confirmée par un arrêt de Cassation a décidé que « les relèvements provisoires de tarifs, stipulés

(1) Un contrat d'adhésion ou par adhésion est une opération juridique se décomposant en l'émission d'une volonté réglementaire à laquelle une autre volonté vient adhérer.

C'est donc en somme plutôt un acte unilatéral, mais qui ne produit effet qu'à l'égard de ceux qui y ont adhéré. (Cf. Duguit, « l'Etat, le Droit objectif et la loi positive ; Saleilles, « de la déclaration unilatérale de volonté ». Voir aussi S. 1908-3-19 et note Hauriou.

Il existe aussi une théorie contractuelle des contrats d'adhésion qui les fait régir par le Code civil, en insistant sur le danger que présente la remise à des groupements privés d'une partie de l'autorité publique. Elle a l'inconvénient de méconnaître, à notre sens, la nature de ce genre particulier de conventions. On pourrait rapprocher des cahiers des charges, considérés en tant que stipulations en faveur du public, les conventions collectives de travail, prévues et réglementées par la Loi du 25 Mars 1919.

après un arrêt du Conseil d'Etat entre une Commune et une Compagnie concessionnaire de l'éclairage au gaz, et régulièrement approuvés par l'autorité administrative, s'imposent à tous ceux auxquels le gaz est fourni par la Compagnie ». (Société Inter-Communale d'éclairage contre Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux. Requêtes, 4 Mai 1921, dans Gazette des Tribunaux, 29 Juin 1921).

On a parfois cherché à opposer à cet arrêt, formel en son texte même, un arrêt antérieur de la même Chambre des requêtes en date du 19 Juillet 1920, d'après lequel « la convention intervenue entre la Compagnie et l'abonné, dans les limites du maximum et sans autre référence au cahier des charges, devra continuer à régir les rapports des parties, et n'est nullement modifiée par l'élévation du maximum, au-dessous duquel le contrat est resté valable ».

Il convient de se souvenir de l'antériorité de la date de cet arrêt, par rapport à celui de 1921, et de voir en lui un simple arrêt d'espèce, dans un cas très particulier. Il s'agissait, en effet, d'une police souscrite, en vertu d'un cahier des charges fixant simplement un maximum de prix et laissant la Compagnie libre de fixer son prix de vente, d'accord avec le consommateur au dessous de ce maximum. D'autre part une augmentation de prix n'était prévue, que dans le seul but d'élever le maximum « sans déroger au droit de la Compagnie de s'entendre avec l'abonné ».

On peut donc dire, que les abonnés, titulaires de polices en cours, doivent subir les relèvements. Une réserve doit être faite au cas où les parties, ayant écarté l'application du tarif maximum, ont adopté un tarif à prix convenu, en ce cas la modification du prix maximum ne paraît pas pouvoir influencer sur cette police dérogatoire en quelque sorte au droit commun, mais c'est là un cas absolument exceptionnel.

(Cf. Cour d'Appel, Lyon.-2^e Chambre. 14 Novembre 1921.

V. *Justification de cette jurisprudence.* — La solution admise de la répercussion immédiate des relèvements de tarifs sur les polices en cours ne se justifie pas seulement par la nature juridique du contrat d'abonnement, conclu sous la dépendance forcée du cahier des charges, mais encore par ses conséquences financières. Les usagers continueraient, en effet, à payer le gaz au prix qu'il vaut, et en raison même de l'utilisation du bénéfice qu'ils en retirent, au contraire, si la thèse adverse avait triomphé, on aurait assisté à une inégalité choquante entre anciens et nouveaux abonnés, ces derniers payant pour les premiers, qui bénéficieraient d'une sorte d'enrichissement indu.

Les Communes avaient donc intérêt à ce que la thèse de l'application des relèvements aux polices en cours fut admise et leur intervention aux procès fut toujours déclarée recevable, en raison de l'intérêt direct que présentait pour les finances communales la décision à intervenir. (Cf. Arrêt de la Cour de Lyon du 25 Juillet 1921 ; Gaz. Pal. 1921-II-321).

VI. *Le sens de la jurisprudence civile.* — On voit que la jurisprudence civile fut amenée à consacrer ainsi indirectement la théorie du service public que nous avons exposée au chapitre II, et qu'on n'a heureusement pas eu à constater une opposition de jurisprudence facheuse, entre les tribunaux de l'ordre administratif et ceux de l'ordre judiciaire. Est-ce à dire que la jurisprudence civile a admis, au cours de la guerre, la théorie de l'imprévision dans les contrats relevant de sa juridiction ? Nullement, si les tribunaux civils ont appliqué aux contrats d'abonnement en cours les relèvements édictés, c'est uniquement par une appréciation, du reste très saine et très juridique, de la nature de ces contrats et de leurs relations de dépendance vis-à-vis du cahier des charges, dont le contentieux était soumis à la juridiction administrative. Ainsi les polices d'abonnement se sont vues appli-

quer les règles de l'imprévision, parce que ces règles s'imposaient aux stipulations inscrites dans le cahier des charges dont les polices ne constituaient qu'une adaptation, n'étant que la reconnaissance de l'adhésion d'un particulier au règlement organisant un service public (1).

On n'a pas envisagé, en effet, la question de l'imprévision, telle qu'elle pouvait se poser entre le concessionnaire et l'abonné, titulaire d'une police de longue durée ; la situation était pourtant, pratiquement, identique à celle du concessionnaire vis-à-vis du pouvoir concédant.

Il est cependant à peu près certain que la solution qu'aurait apportée à ce problème la juridiction civile eut été bien diffé-

(1) Voici les principales décisions rendues en matière d'application aux polices en cours des relèvements de tarifs concédés : Cf. Tribunal civil Seine, 10 Mai 1916, Revue des Concessions 1917, p. 84 avec les conclusions de M. le Substitut Regnault ;

Trib. de Pontoise, 12 Décembre 1917, Revue des Concessions, 1918, page 84 ;

Cour d'Appel de Paris, 15 Mai 1919, Revue des Concessions, 1919, page 101 ;

Cour d'Appel de Bordeaux, 26 Juin 1919, Revue des Concessions, 1919, page 114 ;

Cass. Req., 19 Juillet 1920, Revue des Concessions, 1920, p. 188.

Cass. Req., 4 Mai 1921 ; Gaz. tribunaux 29-6-1921 ;

Cour d'Appel de Lyon, 25 Juillet 1921, réformant le jugement Tribunal de Commerce de Lyon du 6 Mai 1921, avec les remarquables conclusions de M. l'Avocat général Larocque. (Gaz. Pal. 1921-2-321).

Justice de Paix Lyon, 13 Décembre 1921, Gaz. com. Lyon, 11 Février 1922, Contra : jugement du Trib. Com. de Lyon du 6 Mai 1921. Gaz. Palais, 5 Juillet 1921.

Quelques décisions ont admis qu'il y avait lieu de surseoir à statuer, en raison de l'ambiguïté existant sur le fait de savoir, si les contrats en cours, ou seulement les contrats nouveaux, étaient atteints par le relèvement des tarifs ; — n'était-ce pas reconnaître la dépendance absolue des polices au regard du Cahier des charges et des décisions venant à en modifier les stipulations ? (Cf. Trib. com. Seine, 26 Février 1921. Gaz. trib. 9 Juillet 1921).

Notons enfin que la Section des Travaux Publics du Conseil d'Etat, consultée par le Ministre des Travaux publics a déclaré le 16 Juin 1921, que « les tarifs majorés doivent s'appliquer aussi

rente de celle adoptée par le Conseil d'État. Une rapide étude de la jurisprudence civile à propos de la force majeure, comparée à la jurisprudence administrative de l'imprévision ne manquera pas de nous en convaincre. Nous ne négligerons du reste pas d'exposer les raisons de cette différence d'interprétation de situations juridiques, identiques en leur origine.

bien aux polices en cours qu'à celles contractées après l'avenant, mais qu'il n'y a pas lieu d'introduire dans l'avenant une spécification à cet égard ».

Le Conseil d'Etat, statuant cette fois en qualité de Conseil du Gouvernement, a craint que pareille mention ne laisse croire, qu'en l'absence d'une clause expresse, les relèvements ne s'appliquaient qu'aux polices nouvelles.

Voir sur la recevabilité de l'action formée par un groupement d'abonnés : Contre un concessionnaire : Req. 25 Avril 1910, dans S. 1913-1-481 ; et Cass. réunies 5 Avril 1913, S. 1913-1-485. (Cf. Trib. Com. de Tarare, 19 Avril 1921, dans Gaz. Jud. et Com. Lyon, 8 Avril 1922).

CHAPITRE XII

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE DE L'IMPRÉVISIBILITÉ COMPARÉE A LA JURISPRUDENCE CIVILE DE LA FORCE MAJEURE

La théorie de l'imprévisibilité (admise par la jurisprudence administrative avant la guerre en matière de fournitures et de travaux publics), étendue, pendant la guerre, au cas de la concession des grands services publics, tend à décharger le débiteur « des conséquences onéreuses de la situation de force majeure née de la guerre ». Pour qu'il y ait imprévisibilité, il faut, sans doute, que la hausse du prix des matières premières, substance même du contrat, ait entraîné un véritable bouleversement de l'économie de la convention ; il n'en reste pas moins que, réserve faite aussi de la ventilation à intervenir entre le concédant et le concessionnaire, les charges imprévisibles, conséquences indirectes ou directes de la

guerre, sont déclarées extra-contractuelles et mises, presque entièrement, à la charge du pouvoir concédant.

Existe-t-il quelque chose de semblable en droit civil ?

Un rappel de la jurisprudence civile appliquée pendant la guerre à l'exécution des obligations, nous fournira la réponse.

I. LA THÉORIE CIVILISTE DE LA FORCE MAJEURE

Pendant la guerre, la juridiction civile s'est bornée à faire application aux contrats civils et commerciaux de la jurisprudence traditionnelle, confirmée par une doctrine presque unanime.

I. *Définition de la force majeure.* — C'est une qualité juridique qui n'est de droit attachée à aucun événement. Dans chaque espèce, le juge doit procéder à un examen des faits. « L'exception de force majeure doit être appréciée dans les circonstances qui se proposent ». (Req. 24 Avril 1872. S. 1873-1-82).

Durant la guerre, on pouvait remarquer une phrase de style faisant pendant, dans les décisions civiles, mais en sens contraire, à celle insérée par le Conseil d'Etat dans ses arrêts admettant l'imprévisibilité : « Il est de doctrine et de jurisprudence constantes, que l'état de guerre ne constitue pas, par lui même et nécessairement, la force majeure, mais qu'il appartient aux tribunaux, dans chaque espèce, d'apprécier si les circonstances déterminées par la guerre ont été telles... ».

Les deux caractères essentiels à quoi se reconnaît la force majeure sont : l'empêchement d'exécuter, provenant d'un cas forfuit et irrésistible (article 1148) ; 2° l'extranéité ou défaut d'imputabilité au défendeur de la cause de l'inexécution (art. 1147).

Si besoin est, on ordonnera une enquête.

C'est ainsi qu'au civil, la guerre sous marine ne fut pas

considérée comme un cas de force majeure, le blocus n'étant pas effectif et partant, l'empêchement non absolu. (Paris, 7 Juin 1916. Gaz. Trib. 1918-2-38).

De même il n'y a pas cas de force majeure, si les autres concessions gazières de la région ont continué leur service. (Rouen, 6 Juin 1916. Gaz. Trib. 1916-2-145).

II. *La jurisprudence.* — De très nombreuses applications de cette jurisprudence eurent lieu en matière de marchés à livrer, de contrats de louage de services et de louage de choses (1). La formule typique de ces arrêts et jugements se rencontre dans un arrêt de la Cour de Cassation du 4 Août 1915 (D. 1916-1-22 ; S. 1916-1-17). « Le cas de force majeure s'entend des événements qui rendent l'exécution de l'obligation impossible, et non de ceux qui la rendent plus onéreuse ».

Une espèce, offrant une analogie curieuse avec la situation qui donna naissance à l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 Mars 1916, nous fournira une illustration frappante de la différence entre la jurisprudence civile de la force majeure et la jurisprudence administrative de l'imprévision. (Cf. Caen, 15 Novembre 1916. D. 1918-2-4).

Il s'agissait d'une installation électrique pour la fabrication du pain ; l'entrepreneur s'était engagé à fournir le courant nécessaire à l'alimentation du moteur au prix de 4 centimes l'hectowatt-heure. Le marché fut exécuté jusqu'en Mars 1916, où l'entrepreneur prévint, qu'en raison de la hausse énorme des matières premières, il lui était impossible de continuer la fourniture de la force motrice au prix fixé. Il fut débouté par la Cour de Caen « parce que la guerre

(1). Cf. Avant la guerre, Req. 19 Novembre 1872, S. 73-1-434 ; Cass. Civ. 24 Mars 1874, S. 74-1-429.

Durant la guerre. Trib. Com. Seine, 11 Mai 1915, D. 17-2-47.

ne constitue pas, par elle-même, un cas de force majeure, quelles que soient les répercussions directes de cause à effet qu'elle peut entraîner sur les conditions plus ou moins avantageuses des contrats conclus avant qu'elle éclatât ; que pour qu'elle constitue un cas de force majeure, il faut qu'elle engendre une impossibilité absolue d'exécution, ce qui n'est pas prétendu par l'entrepreneur, qui soutient seulement que l'exécution du contrat est plus onéreuse (1). »

III. *La clause « rebus sic stantibus »*. — On peut dire que cette jurisprudence fut admise unanimement pendant la guerre. On ne trouverait qu'avec la plus grande peine de rares décisions s'écartant de la voie traditionnelle, pour appliquer la clause « rebus sic stantibus », repoussée par la Cour de Cassation. (Cf. Civ. 6-3-1876. Pélessanne. D. 1876-1-193). Nous pouvons citer pourtant un jugement du tribunal de commerce de Toulouse en date du 1^{er} Juin 1915 dans D. 1916-2-112. « Si les engagements contractés doivent être exécutés conformément aux termes de la convention, il faut nécessairement que cette exécution puisse s'opérer dans les circonstances courantes et habituelles, inhérentes à la vie économique normale, telle qu'elle se déroulait au moment des accords ».

Mais on peut dire de cette décision isolée qu'elle est l'exception qui confirme la règle.

IV. *Le mouvement législatif et l'évolution civiliste*. — La

(1) Clauses conventionnelles. — Leur licéité est certaine, en effet la réglementation légale de la force majeure n'est faite qu'à titre interprétatif de la volonté des parties.

Les clauses de grève étaient fréquentes. La jurisprudence civile s'attache à la lettre de la clause dont elle fait une application restrictive. (Paris, 8 Janvier 1916, S. 1916-2-39).

Au contraire le Conseil d'Etat écarte l'application de pareilles clauses, insérées en vue de circonstances normales. (Cf. Arrêt de Bordeaux).

situation grave des débiteurs, surpris par la guerre dans les liens d'obligations contractuelles, avait, dès le début de la guerre, retenu l'attention des pouvoirs publics et du législateur. (Cf. Moratoria prorogeant les échéances et accordant aux débiteurs des délais).

La Fédération des Industriels et Commerçants émit plus tard un vœu, tendant à ce que le Parlement votât un texte de loi, qui permit aux tribunaux un changement de jurisprudence, ce fut le point de départ de la proposition de loi Faillot. Il fallait concilier l'intérêt des créanciers et du public, avec celui des débiteurs et de la vie des affaires.

Pourtant le législateur mit absolument de côté la solution administrative de la modification des contrats. Il est à remarquer que la première proposition de loi Faillot faisait une part à ce système : l'article I portait que les contrats commerciaux conclus avant la guerre pouvaient être suspendus ou résiliés à la demande d'un des contractants, lorsque les conditions d'exécution auraient subi, du fait de la guerre, des changements imprévisibles. L'article 2 donnait en compensation à la partie contre laquelle était demandée la résolution, le droit de proposer la révision des conditions du contrat.

Il y avait ainsi une tentative de conciliation entre la solution administrative et la théorie absolue de la résolution. Mais, sur l'avis du Comité consultatif de législation civile, ce droit de révision, exorbitant du droit commun, fut supprimé (1).

(1) Proposition de loi Faillot, déposée sur le bureau de la Chambre le 12 Août 1915. J. O., 12 Août, page 934. « Proposition de loi ayant pour objet d'instituer une juridiction arbitrale en matière de marchés à livrer, passés avant la guerre ».

Deuxième proposition du 22 Février 1916 (Doc. Parl. 1916, N° 1834).

Nature et portée de la Loi du 21 Janvier 1918

Promulguée le 21 Janvier 1918, la Loi Faillot est une loi d'exception. Elle a organisé (article 2) une procédure et une réglementation spéciales de résolution ou de suspension des contrats conclus avant la guerre, indépendamment des causes de résolution résultant du droit commun ou des conventions. La force majeure reste admissible comme cause de délibération du débiteur dans les circonstances où l'état actuel du droit le permet. (Cf. D. 1918-IV-265 et Lois nouvelles 1^{er} Décembre 1921).

La loi est inapplicable aux transactions conclues pendant la guerre, relativement à l'exécution d'un marché d'avant-guerre (Cf. Contra., l'imprévisibilité s'applique aux avenants passés pendant la guerre : voir D. 1919-2-49 ; D. 1920-2-15).

L'acheteur, au préjudice duquel le marché est résilié, peut obtenir des dommages-intérêts, limités au chiffre représentant la perte que le vendeur aurait pu raisonnablement prévoir, au cas où son contrat, par suite de circonstances autres que celles nées de la guerre, serait devenu plus onéreux pour lui. (Gaz. Parl. 1920-1-411 ; Cf. Aléa normal administratif).

Pour le préjudice à considérer, les juges n'ont qu'à rechercher, si du fait de la guerre, postérieurement au 1^{er} Août 1914, les conditions du contrat entraînent pour l'un des contractants des charges dépassant de beaucoup les prévisions qui pouvaient être faites, à l'époque de la convention (Gaz. Pal. 1919-2-325).

Enfin les juges ne peuvent que prononcer la résolution ou la suspension du contrat, ils ne peuvent le réviser et substituer un marché nouveau au marché litigieux. (Cass. Req. 15-3-1920 ; Gaz. Pal. 1920-404).

L'article 7 déclare la loi applicable aux marchés de fournitures passés par les départements, les communes et les

établissements publics. Les marchés de fournitures de l'Etat et tous les marchés de travaux publics, relevant du contentieux administratif, ne sont pas soumis à cette loi.

Application de la Loi du 21 Janvier 1918

Nous prendrons pour exemples des espèces se rapprochant de celles à propos desquelles le Conseil d'Etat a eu à statuer.

« Une société qui demande la résiliation d'un contrat de fourniture d'énergie électrique, en se basant uniquement sur les lois du 21 Janvier 1918 et du 9 Mai 1920, doit prouver que le contrat a été passé avant la guerre, a un caractère commercial et entraîne pour elle des charges causées uniquement par l'état de guerre, ainsi que leur importance dépassant de beaucoup les prévisions faites à l'époque de la convention ». (Trib. Civ. Bourg, 17 Juin 1921. Loi du 1^{er} Juillet 1921).

De même : « Une compagnie d'électricité peut obtenir, en vertu de la loi du 21 Janvier 1918, la résiliation du contrat de fourniture du courant passé avec un commerçant, à raison de la majoration du prix de revient, due à la guerre, en dehors de toutes prévisions ». (Trib. Com. Marseille, 15 Juin 1921. Themis, 18-6-1921 (1)).

(1) N. B. La pratique commerciale, toujours en avance sur le droit positif, a connu, durant et après la guerre, quelque chose qui ressemblait fort à une clause d'imprévision. Dans beaucoup de contrats en effet, il était stipulé que le marché était conclu « sous réserve de hausse des matières premières ou des salaires », ou bien l'on prévoyait une majoration en cas de hausse de ces deux éléments de prix. Il est vrai que les Tribunaux de commerce et plus encore les Cours d'Appel ont annulé ces marchés soumis à leur appréciation, pour défaut d'accord sur le prix. L'initiative de la pratique montre toutefois l'existence d'un véritable besoin créé par une situation essentiellement instable et anormale.

II. EXAMEN CRITIQUE DES DEUX SYSTÈMES DE JURISPRUDENCE

Toutes les deux posent le principe du respect dû aux contrats. Mais la jurisprudence civile n'y admet d'exception, que devant l'impossibilité absolue d'exécuter ; elle se fonde sur la distinction de l'impossible et du difficile, la théorie de l'imprévisibilité sur celle du normal et de l'anormal, aussi cette dernière prend-elle en considération la difficulté exceptionnelle, en raison de son caractère exceptionnel, tandis que la jurisprudence civile n'y voit qu'une simple difficulté.

Pour la jurisprudence civile, le sort des conventions dépend du fait de savoir si l'obstacle dû à la guerre, que le débiteur rencontre, constitue un cas de force majeure, c'est-à-dire un fait imprévu, insurmontable et rendant l'exécution du contrat matériellement impossible. En ces cas il sera entièrement libéré, sinon, si l'exécution est seulement plus difficile ou plus onéreuse, il devra effectuer intégralement sa prestation.

D'après la jurisprudence administrative, si le débiteur invoque un cas de force majeure, le contrat sera totalement annulé. Mais si l'exécution du contrat devient plus onéreuse ou plus difficile par suite de la guerre, le contrat sera modifié pour permettre l'exécution, de façon plus équitable. Alors que la jurisprudence civile n'admet que la résolution du contrat ou son maintien pur et simple, la jurisprudence administrative consacre la possibilité de le modifier.

JUSTIFICATION DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

Contrairement à ce qu'on a souvent prétendu, la théorie de l'imprévision n'est pas en opposition absolue avec l'article 1134 du Code civil qui proclame le principe de l'immuabilité des conventions.

Le juge ne refait pas le contrat, la structure générale de

la concession subsiste, son but est atteint, il s'agit donc d'une simple adaptation au milieu nouveau, permettant à la convention de s'exécuter. Notons du reste que souvent l'annulation d'un contrat aboutirait à sa modification, chaque fois notamment que le contrat aura eu un commencement d'exécution et qu'on ne pourra plus remettre les choses en état.

En réalité, la convention a eu en vue un état de choses déterminé, elle n'a pas pu prévoir la situation nouvelle, elle présente donc une lacune que le juge constate ; il invite les parties à la combler, de là la procédure de renvoi suivie par le Conseil d'État.

On pourrait trouver du reste certains exemples civils du pouvoir du juge de modifier le contrat : ainsi la jurisprudence qui reconnaît aux tribunaux le droit de réduire le salaire promis au mandataire, s'il est excessif, en raison de la facilité que ce dernier a eue pour exécuter son mandat. (Cf. Perrin. De la réductibilité des obligations excessives. Thèse 1905).

Argument tiré de l'article 1156 du Code civil

Si l'article 1134 n'est pas un obstacle à la théorie de l'imprévision, elle trouve un appui dans l'article 1156 du Code civil. « Lors de la passation du contrat, on n'avait pas songé que des difficultés pourraient se produire, si on les avait soupçonnées, on aurait édicté des dispositions permettant de les surmonter ; elles se sont produites, les parties doivent se mettre d'accord pour trouver le moyen d'en triompher ». (Chardenet. Conclusions 30 Mars 1916).

Si les contractants poursuivent des buts différents, ils ont eu une *intention commune* : la volonté de conclure une convention dont l'exécution devait s'effectuer régulièrement et dans des conditions économiques normales.

faisant contribuer les locataires à l'augmentation des charges de la propriété bâtie, par dérogation au principe que la prorogation doit avoir lieu aux conditions du bail.

Plus souple, mieux adaptée aux besoins du milieu et du moment, la jurisprudence du Conseil d'État a permis aux services publics de fonctionner de façon régulière et normale et justifié une fois de plus l'utilité d'une jurisprudence administrative, élaborant et appliquant le droit des services publics.

CONCLUSION

Nous n'essaierons pas, au terme de cette étude de ce qui fut pendant la guerre, la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de charges extra-contractuelles, de distribuer libéralement l'éloge avec le blâme. Nous nous contenterons de constater que la haute juridiction administrative a su répondre de façon heureuse à une question dont la solution présentait, tant au point de vue juridique qu'au point de vue pratique, un intérêt éminent.

I. *En droit.* — On a souvent voulu voir dans la théorie de l'imprévisibilité, à laquelle le Conseil d'Etat fit appel pour assurer la continuité des services publics, une conception en quelque sorte révolutionnaire, étrangère en tous cas aux principes fondamentaux du droit traditionnel.

Sans rappeler à nouveau les précédents que nous a fourni

des Communes de France, qui serait à même de fournir les renseignements techniques et juridiques indispensables aux Municipalités (1).

Les syndicats de Communes pourraient également être utilisés efficacement dans ce but (2).

Sous ces réserves, on peut dire que le Conseil d'Etat a fait œuvre largement sociale et équitable, et lui faire confiance, pour apporter les modifications qui s'imposent à sa jurisprudence, qui aura eu, malgré le bouleversement économique né de la guerre, le mérite d'assurer, sans intervention du législateur, la marche normale et régulière des services publics concédés.

Le Président de la Thèse,
J. APPLETON.

Vu :
Le Doyen,
J. JOSSERAND.

Vu et permis d'imprimer :
Lyon, le 26 Mai 1922.

Le Recteur, Président du Conseil de l'Université,
JOUBIN.

(1) Cette forme d'association est licite ; par contre il semblerait logique d'étendre aux concessionnaires de services publics, l'interdiction signifiée aux simples fonctionnaires de se constituer en syndicats.

Les raisons invoquées, bonnes ou mauvaises, sont identiques dans les deux cas.

(2) Cf. Tallibert : « Un cas d'application des syndicats de Communes ; le syndicat des Communes de la banlieue de Paris pour le gaz ». Thèse. Paris 1907.

BIBLIOGRAPHIE

I. — TRAITÉS GÉNÉRAUX

- BERTHELEMY. — Droit administratif. 9^e édition 1921. Livre II, Titre I^{er}, Section III, Chap. VI, page 664.
- BÉQUET. — Répertoire du droit Administratif (V^o Travaux Publics), Tome 25 Livre II, Titre V, page 456, etc.
- DREYFUS. — La concession de travaux publics. — Thèse Paris 1898.
- DUGUIT. — Les transformations du Droit public. — 1913.
- GAUDUCHEAU. — La nature juridique de la Concession. — 1912.
- HAURIOU. — Principes de Droit public. — 1916.
- HAURIOU. — Traité de Droit administratif. — 1921, Tome II.
- ISTEL ET LÉMONON. — Traité juridique de l'Industrie Electrique. — 1911.
- JÉZE. — Principes généraux du Droit administratif. — 2^e édition, 1914.
- MORGAND. — La Loi Municipale. — 1915, Tome II.
- PERRIQUET. — Les Travaux publics.
- FILON. — Les Monopoles communaux. — 1898.
- TERRACOL. — Régime administratif de l'éclairage électrique dans les Communes. — 1911.

II. — OUVRAGES ET ARTICLES TRAITANT DE LA QUESTION DE L'IMPRÉVISION

- APPLETON. — Le Conseil d'Etat protège fâcheusement les fermiers généraux du gaz. — Article dans le « Progrès Civique » du 2 Juillet 1921.
- APPLETON. — Les Fermiers Généraux de l'Electricité. — « Progrès Civique » du 14 Avril 1922.
- BARTHELEMY. — Communes et Gaziers. — Revue politique et parlementaire 10 Juillet 1917.
- DE LA TASTE. — La Crise économique et les Services publics concédés. — Revue politique et parlementaire, 1920.
- DUGUIT. — Le Conseil d'Etat et l'Affaire du Gaz de Bordeaux. — Revue politique et parlementaire, 10 Mai 1916.
- HAURIOU. — Le Contrat de Concession et l'Affaire du Gaz de Bordeaux, dans la Revue politique et parlementaire, 10 Juillet 1916. — Série de notes au Sirey, années 1916, 1917, 1918, 1919, 1920.
- JÈZE. — Notes de Jurisprudence. — Revue de Droit public 1916, N° 2, page 388. — 1918, Régime des Marchés de Services publics.
- LOUVEAU. — Théorie de l'Imprévision en Droit civil et en Droit administratif. — Thèse Rennes 1920.
- ROLLAND. — Droit du Législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics. — Revue de Droit public, 1909, page 520.
- SAINT-MARC. — De l'Imprévision dans les contrats administratifs. — Thèse Paris 1918.

III. — OUVRAGES ET ARTICLES TRAITANT DE LA FORCE MAJEURE

- AUBRY ET RAU. — Droit Civil Français. — Tome IV § 302 et 308, 5^e édition.
- BRUNET. — La Guerre et les Contrats. 1917.
- CAPITANT. — Note au Dalloz, 1917-2-33 et D. 1918-1-25.
- CHARMONT. — Analogies de la Jurisprudence administrative et de la Jurisprudence civile. — Revue trimestrielle de Droit civil, 1906, page 813.
- DE LAURENS DE LA BARRE. — Des conséquences de la force majeure sur les transactions commerciales.
- DEMOGUE. — Modifications aux contrats par volonté unilatérale. — Revue trimestrielle de Droit civil 1916, p. 517.

GAZETTE DES TRIBUNAUX. — 18 Septembre 1914. — De l'influence de la guerre sur les transactions commerciales.

GUEULETTE. — Effets juridiques de la guerre sur les contrats. — 1918.

LEBON. — La Guerre et les Contrats. — Revue politique et parlementaire, 10 Mai 1916.

REGNAULT. — Conclusions. — Gazette des Tribunaux, 29 Mai 1916.

RADOUANT. — Du cas fortuit et de la force majeure. — Thèse Paris 1920.

SERBESCO. — Effets de la guerre sur l'exécution des contrats. — Revue trimestrielle de Droit civil, 1917, page 349.

WAHL. — Guerre considérée comme un cas de force majeure. — Revue trimestrielle de Droit civil, 1915, page 383.

WAHL. — Influence de la guerre sur la fin du contrat de louage de services. — Revue trimestrielle de Droit civil, 1917.

WAHL. — Note au S. 1916-1-17.

WAHL. — Notes de Jurisprudence S. 1916-2-1 et 16-2-89.
S. 1916-2-52.
S. 1916-2-63.
S. 1917-2-49.

IV. — RECUEILS DE JURISPRUDENCE

DALLOZ. — Années 1916 à 1922.

Gazette Judiciaire et Commerciale de Lyon, années 1916 à 1921.

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Jurisprudence française et Recueil des sommaires.

Moniteur Judiciaire de Lyon.

Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat.

SIREY. — 1916 à 1922

Tables perpétuelles de Jurisprudence.

V. — REVUES

Journal des Communes 1916 à 1922.

Revue des Concessions départementales et communales 1917 à 1922.

Revue de Droit public et des Sciences politiques : années 1907, 1908, 1909, 1910, 1913, 1916, 1918, 1919, 1920, 1921.

Revue Générale de l'Administration, 1898 ; 1916 à 1922.

Revue Politique et Parlementaire, années 1916, 1917, 1920.

Revue Trimestrielle de Droit civil, 1907, 1914 à 1921.

